FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

DES DROITS RESPECTIFS DU PROPRIÉTAIRE ET DU LOCATAIRE-COMMERÇANT A L'EXPIRATION DU BAIL

QUESTION DITE DE LA

"PROPRIÉTÉ COMMERCIALE"

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mardi 9 février 1926, à 14 heures

PAR

Jean PATRIARCHE

Président : M. Marc DESSERTEAUX, Professeur

Suffragants { M. JAPIOT, Professeur
M. BAUDIN, Professeur

DIJON
IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER
12, rue Berbisey, 12

1926

DES DROITS RESPECTIFS
DU
PROPRIÉTAIRE ET DU LOCATAIRE-COMMERÇANT
A L'EXPIRATION DU BAIL

QUESTION DITE DE LA

" PROPRIÉTÉ COMMERCIALE "

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

DES DROITS RESPECTIFS DU PROPRIÉTAIRE ET DU LOCATAIRE-COMMERÇANT A L'EXPIRATION DU BAIL

QUESTION DITE DE LA

"PROPRIÉTÉ COMMERCIALE"

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mardi 9 février 1926, à 14 heures

PAR

Jean PATRIARCHE

PRÉSIDENT : M. MARC DESSERTEAUX, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. JAPIOT, PROFESSEUR
M. BAUDIN, PROFESSEUR

DIJON
IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER
12, rue Berbisey, 12
—
1926

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV
LEIDEN

A la Mémoire Vénérée
de mon Père

A ma Mère

A ma Femme

Meis, Magistris et Amicis

AVANT-PROPOS

« *Au nombre des principales préoccupations qui retiennent constamment l'attention du commerçant, celle qui se rapporte à la conservation de son fonds de commerce est certainement une des plus importantes.*

« *C'est qu'en effet, pour qui n'est pas le propriétaire de l'immeuble où le commerce est exercé, la propriété cependant indiscutable du fonds est assez précaire puisqu'elle est à la merci d'un caprice, d'un désir de spéculation plus ou moins avouable de la part du bailleur.*

« *Depuis longtemps, cette situation réellement anormale fait l'objet de nombreuses discussions dans les milieux intéressés, mais aucune solution acceptable ne paraît avoir été proposée jusqu'alors.*

« *Il faut reconnaître que dans notre conception séculaire du droit de propriété, le propriétaire d'un immeuble en est maître absolu en dehors des engagements qu'il peut avoir pris avec des tiers locataires ; mais quand ces engagements arrivent à expiration, il a longtemps semblé que le droit de les renouveler ou de ne pas les renouveler avec le même locataire dépend d'abord et surtout de la volonté du bailleur.*

« *Bien entendu, il ne saurait être question de déposséder qui que ce soit de la faculté de la libre disposition de ce qui lui appartient, mais il y a peut-être une réserve à faire en ce qui concerne le propriétaire d'un immeuble dans lequel un locataire exerce un commerce ou une autre industrie ; il convient de rechercher si cette réserve est légitime, si elle se justifie de quelque façon que ce soit.*

« *Tout d'abord, il faut remarquer que si la personne qui possède un immeuble en est absolument la maîtresse et peut en disposer à son gré en se conformant aux règles d'ordre général, il ne fait aucun doute que, dès lors que cet immeuble est loué à un commerçant, une nouvelle propriété morale se crée à l'abri de la propriété effective immobilière ; il reste à déterminer si la première peut absorber la seconde au point d'avoir le droit d'en disposer, d'en faire en quelque sorte une subdivision de sa chose propre (1)*».

Ainsi se trouve présentée, par l'une des premières propositions de loi dont elle ait fait l'objet, la question dite de la « propriété commerciale ». Et c'est, sinon dans les mêmes termes, du moins sous le même angle qu'elle a presque toujours été envisagée depuis, tant au sein des groupements commerciaux qu'au Parlement.

Loin de faire nôtre cette manière d'énoncer le problème, nous ne la mentionnons au seuil de la présente étude qu'en vue de la soumettre désormais à un examen critique approfondi. Toutes les pages qui vont suivre n'ont d'autre but que de rechercher dans une position plus exacte, à notre sens, de la question de la pro-

(1) Proposition de loi tendant à garantir la propriété commerciale, présentée le 5 novembre 1912 par M. Georges Berry, député, exposé des motifs. (*Doc. parl.* Chambre, 1914, t. II, n° 162).

priété commerciale les éléments essentiels de sa solution.

Dans une première partie, consacrée à la discrimination du contenu réel et des aspects factices de l'idée de propriété commerciale, nous chercherons à établir par quels liens juridiques cette propriété sui generis *s'apparente à celle du fonds de commerce, et à la suite de quelle évolution historique les locataires-commerçants en sont venus à revendiquer la première au nom et comme complément de la seconde.*

Une seconde partie aura pour objet d'exposer et d'apprécier les principales théories invoquées par les locataires-commerçants à l'appui de leurs revendications.

Et il ne nous restera plus qu'à dégager, sous forme de conclusion, les véritables données du problème de la propriété commerciale et les principes directeurs à la lumière desquels il convient de le résoudre.

PREMIÈRE PARTIE

Éléments constitutifs de la notion et du problème de la propriété commerciale

Ce que les locataires-commerçants réclament, depuis le début de ce siècle, sous le nom de « propriété commerciale », ce n'est pas la propriété du fonds de commerce, qui est formellement consacrée par la loi du 17 mars 1909, c'est la protection légale de deux éléments de cette propriété sur lesquels ils se plaignent de n'avoir que des droits précaires et insuffisants. Étant obligés d'abandonner au propriétaire, au cas de non-relocation, non seulement les lieux loués, mais l'achalandage qui s'y trouve inséparablement attaché, ils se prétendent dépouillés, au profit du bailleur ou du nouvel occupant, d'une valeur économique qui est le fruit de leur travail personnel. Pour rendre impossibles à l'avenir des « expropriations » de ce genre, ils demandent au législateur de leur recon-

naître, après et malgré l'expiration du bail, un « droit nouveau » qui doit porter, selon les uns, sur l'achalandage incorporé au local et, selon les autres, sur le local lui-même. Ce droit nouveau, ils l'intitulent leur « propriété commerciale ».

Bien que cette expression ait le grave défaut de préjuger de la solution à intervenir, en définissant *a priori* un droit dont l'admissibilité et la nature sont discutées, force nous est de la considérer comme le vocable usuel et générique, synthétisant toutes les revendications des locataires au sujet du renouvellement des baux commerciaux. Il importe seulement, suivant le conseil de Leibniz, de ne pas prendre « la paille des termes pour le grain des choses », et de déterminer exactement le sens que les commerçants ont successivement attribué et la signification rationnelle qu'il convient de donner aux mots de propriété commerciale.

Mais, avant d'aborder cette étude historique et juridique, il convient, la propriété commerciale apparaissant aux yeux de ceux qui la défendent comme le prolongement logique, le complément nécessaire de la propriété globale du fonds de commerce, d'analyser au préalable la notion de fonds de commerce et la nature des droits dont il fait l'objet.

Ce rappel de principes traditionnellement admis délimitera et éclairera utilement les questions controversées qui, à leur lumière, se prêteront désormais à un examen plus précis et, sans doute aussi, à une solution plus aisée.

CHAPITRE PREMIER

Notion juridique du fonds de commerce et de la clientèle

SECTION I

La notion de fonds de commerce; son unité et sa diversité

On éprouverait un certain embarras à vouloir extraire des textes législatifs, de la jurisprudence ou des ouvrages généraux une notion claire et substantielle du fonds de commerce. Le législateur, les tribunaux et la plupart des auteurs n'en ont donné, faute de mieux, qu'une description analytique, qui n'a même pas la prétention d'être complète.

C'est ainsi que la loi du 17 mars 1909 qui constitue, comme on le sait, la véritable charte du fonds de commerce ne le définit nulle part et se borne à énoncer, un peu pêle-mêle, les divers éléments qu'il est susceptible de comprendre.

La même imprécision se retrouve dans les répertoires. « A l'origine, dit le répertoire général alpha-

bétique (1) (V. Fonds de commerce, chap. I § 1 p. 837), on entendait principalement par fonds de commerce ou plutôt fonds de boutique l'ensemble des marchandises du marchand... Dans un langage plus récent le terme « fonds de commerce » est assez souvent employé pour désigner la clientèle et l'achalandage. Cependant ce mot désigne en général un ensemble de valeurs diverses se rattachant à l'exercice d'un commerce ».

Quant à la doctrine à qui il appartenait pourtant de dégager l'exacte compréhension du fonds de commerce, elle s'en tient le plus souvent, elle aussi, à une simple nomenclature des pièces de cette complexe machine. « Sous le nom de « fonds de commerce », écrivent MM. Lyon-Caen et Renault, on désigne un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce, principalement : l'installation matérielle, l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exercent le commerce, la marque de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises (2) ».

La composition du fonds de commerce étant essentiellement variable, sa définition par l'énumération de ses parties constitutives appelle aussitôt cette double réserve que d'une part une telle énumération n'est nullement limitative, et que d'autre part les éléments énoncés ne sont pas tous obligatoirement nécessaires à l'existence d'un fonds. On en est ainsi

---

(1) *Répertoire général alphabétique du Droit français*, publié par MM. A. Carpentier et G. Frèrejouan du Saint, librairie L. Larose, Paris, 1901.

(2) *Cours de Droit commercial*, n° 429.

réduit à adopter une formule vague et flottante comme celle donnée par la Chambre de commerce de Paris, dans sa délibération du 2 mars 1904 : « Un fonds de commerce peut comprendre les uns ou les autres ou tous les éléments suivants : achalandage, clientèle, enseigne, nom commercial, raison sociale, droit au bail, marchés à recevoir ou à livrer, traités divers, brevets et licences, marques ou jouissance de marques, dessins et modèles de fabrique et d'art appliqué à l'industrie, procédés de fabrication, créances, dettes, mobilier, marchandises, livres, correspondance, etc...

Est-ce à dire que le fonds de commerce se refuse à toute définition synthétique, que c'est un terme générique, une appellation commode servant à désigner un agrégat contingent de biens disparates, n'ayant aucun lien les uns avec les autres, et qu'il ne possède pas d'existence distincte de la leur ?

Certains théoriciens l'ont prétendu, mais cette opinion, qui n'est plus soutenable depuis la loi du 17 mars, 1909, est, en fait, depuis longtemps abandonnée. De l'avis unanime des auteurs, le fonds de commerce constitue un tout, jouissant d'une économie propre, en d'autres termes une universalité.

Dès avant 1909 la jurisprudence lui attribuait déjà ce caractère que lui avait imprimé une longue pratique commerciale. Mais il n'a été définitivement consacré que par la loi du 17 mars 1909. Elle déclare formellement que la vente, ainsi que le gage du fonds, ne donnent pas lieu à plusieurs mais à une seule opération ; et nombre de ses articles impliquent à titre de condition ou de conséquence, l'individualité du

fonds de commerce. Puisqu'il peut faire l'objet de contrats portant sur son intégralité, qu'il est susceptible d'un véritable usufruit, ce dernier est un bien distinct de ceux qui le composent et dont il est la somme.

Cette indépendance juridique du fonds de commerce, envisagé comme une valeur spéciale, résulte d'ailleurs clairement de l'identité qu'il conserve à travers et malgré les changements de ses éléments. Peu importe en effet que certains d'entre eux disparaissent ou se transforment au cours de l'exploitation, que le matériel reçoive des perfectionnements, que les marchandises soient remplacées, le bail prolongé, ou résilié, que des droits intellectuels, marques ou brevets, s'éteignent ou soient acquis ; le fonds lui-même se survit sans cesse, il garde son existence propre et sa nature première en dépit de toutes ces modifications ; et s'il était grevé de droits, ces droits continuent à le frapper avec ses éléments nouveaux, car ils le grèvent en tant qu'individualité distincte des biens variables qui le constituent (1).

Quoi qu'il en soit du classement théorique de cette universalité, elle n'absorbe pas les éléments du fonds de commerce au point de leur faire perdre leur nature respective. Il ne se produit aucune fusion, aucun phénomène analogue à une combinaison chimique anéantissant les corps simples pour les transformer en une matière nouvelle et unique. Que le fonds « soit doué d'une personnalité morale, qu'il jouisse d'une vie

(1) *Rép. pat.*, Dalloz, v. Fonds de commerce, nos 19 et 20 ; Rouen, 21 janv. 1906, D., 1907, 2, 105.

propre ou suive toujours l'influence de la personnalité du commerçant, que le fonds de commerce constitue une universalité juridique susceptible de droits actifs et de droits passifs, ou une simple universalité de fait, qu'il soit patrimoine spécial ou portion de patrimoine, on admettra pourtant que tous ces éléments complexes conservent leurs caractères propres, et que si, par leur cohésion, ils sont susceptibles d'acquérir des qualités nouvelles, ils n'en conservent pas moins leur nature et restent ce qu'ils sont » (1). Chacun des organes du fonds garde intégralement non seulement sa physionomie économique particulière mais son régime juridique personnel et ils demeurent soumis à des règles différentes suivant qu'ils appartiennent à la catégorie des meubles ou des immeubles, des biens corporels ou incorporels.

Leur autonomie est pleinement conforme à la nature des choses, à la tradition historique et, loin de heurter la législation, elle est consacrée par cette même loi du 17 mars 1909 qui donne au fonds de commerce le caractère d'un ensemble individualisé.

Il résulte, par exemple, de l'article 15 de cette loi que le matériel et les marchandises peuvent être saisis ou donnés en gage selon les règles édictées pour les meubles corporels. On applique également les principes du droit commun en cas de dualité d'acquéreurs : lorsqu'il y a conflit entre deux acheteurs des marchandises vendues avec le fonds, celui qui, de bonne foi, en prend le premier possession est réputé

(1) Valéry, *Annales de Droit commercial*, 1902. Maisons de commerce et fonds de commerce, p. 276.

propriétaire, quelles que soient les dates des deux contrats (art. 1141 C. Com.) ; et, pour le droit au bail, la préférence est donnée à celui des deux cessionnaires qui a, le premier, signifié son acquisition au bailleur (art. 1690 C. Com.).

Les éléments du fonds de commerce, il est vrai, sont tous compris, sans réserve, dans sa vente et transférés à l'acheteur, avec le fonds lui-même, par le seul effet du contrat. Mais il n'en est pas moins nécessaire de remplir les conditions et formalités requises par chacun d'eux. Cette discrimination s'impose notamment au moment de la « prise de possession » : le cédant livre le local et le mobilier par la remise des clés ; le bail, les contrats et les brevets, par la remise des titres. La « délivrance » de la clientèle et de l'achalandage s'effectue plus lentement et par des procédés détournés, comme l'envoi de circulaires aux clients ou la présence du vendeur aux côtés de l'acheteur pendant une certaine période. Si la vente comporte des marques, dessins ou modèles, il faut l'inscrire à l'Office national de la propriété industrielle (1). Enfin la cession des brevets d'invention doit être faite par acte notarié et enregistrée au secrétariat de la préfecture (2).

En résumé le fonds de commerce comprend des organes multiples et infiniment divers, puisqu'ils représentent presque toutes les catégories juridiques de biens énumérées par la loi : biens mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels, fongibles et non

(1) Décret du 28 août 1909, art. 16 et loi du 26 juin 1920.
(2) Loi du 26 décembre 1908, art. 58.

fongibles, biens isolés et universalités ; et chacune de ces valeurs conserve sa vie individuelle, qui subsiste inviolée dans ce complexe assemblage.

D'où vient donc cette cohésion du fonds de commerce que la loi du 17 mars 1909 a expressément sanctionnée, ne faisant en cela que confirmer la coutume et la jurisprudence antérieures ?

On serait tenté d'en attribuer le mérite à la seule activité du commerçant, secondée et favorisée par l'œuvre unificatrice de la loi. Mais cette explication n'est que partiellement vraie. Sans doute c'est le titulaire du fonds qui a réuni plusieurs biens de son patrimoine pour en faire des instruments de travail au service de son négoce, qui assigne à chacun sa fonction, surveille et développe son rendement, faisant d'un certain nombre de choses isolées une série de pièces démontables avec lesquelles il édifie son entreprise. Et c'est la loi qui confère l'unité juridique à cet ensemble et prend soin d'en désigner les facteurs essentiels, ceux qui communiquent, pour ainsi dire, la vie et le mouvement à tout le reste ; elle déclare, en effet, dans le silence des parties, que les éléments frappés par le privilège du vendeur ou le droit de gage du créancier nanti seront, dans tous les cas : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage (loi du 17 mars 1909 : art. 1, al. 2 et art. 9 al. 3).

Mais l'effort coordinateur du commerçant et le « sic volo sic jubeo » du législateur seraient impuissants à rassembler dans un tout homogène un ensemble de valeurs aussi foncièrement dissemblables si,

en dépit de leur dissemblance, ces valeurs n'acquéraient d'elles-mêmes, par le seul fait de leur groupement en vue du commerce, un lien profond de solidarité.

Ce lien, c'est la clientèle. Ce qui établit l'union entre les éléments si divers du fonds de commerce, ce qui fait qu'ils ne sont pas seulement juxtaposés, ce n'est pas simplement leur affectation commune à la réalisation du bénéfice ; c'est d'abord et principalement la condition immédiate et indispensable qu'ils doivent tous remplir pour atteindre ce but, pour devenir créateurs du bénéfice ; cette condition, c'est d'attirer et de retenir la clientèle.

SECTION II

La notion de clientèle ; rôle de la clientèle à l'égard des éléments du fonds de commerce

Qu'est-ce donc que la clientèle ?

Il est d'usage, dans l'énumération des éléments du fonds de commerce, de mentionner successivement la clientèle et l'achalandage. Ces deux mots se trouvent généralement accouplés dans de nombreux arrêts, dans presque tous les actes de cession de fonds et dans la plupart des définitions doctrinales du fonds de commerce. Certains auteurs assimilent à peu près complètement l'une à l'autre ces deux notions. « Le fonds de commerce, dit M. Thaller (Traité de droit commercial, n° 82) contient comme élément prépondérant la clientèle ou achalandage qui y est attaché ». MM. Boutand et Chabrol (Traité général

des fonds de commerce) ajoutent à leur définition de la clientèle : « L'achalandage ne désigne pas, en général, autre chose » (1). Et la loi du 17 mars 1909 les juxtapose, elle aussi, sans indiquer la différence de leur contenu.

Faut-il ne voir dans cette locution indivisible qu'une redondance de style, le rapprochement usuel de deux vocables ayant, au fond, la même signification ? Nullement. Entre ces deux notions voisines il existe, sinon une séparation nettement tranchée, du moins une nuance réelle qu'on pourrait traduire par le critérium suivant : les clients sont les acheteurs attachés surtout à la personnalité de l'exploitant ; les chalands, les acheteurs attachés à la situation topographique du fonds. Et il en résulte que les liens de clientèle présentent plus de continuité que ceux d'achalandage (2).

La délimitation des concepts d'achalandage et de clientèle n'offre pas un simple intérêt théorique ; l'examen du problème de la « propriété commerciale » nous donnera l'occasion, au cours de développements ultérieurs, de saisir toute l'importance pratique de leur distinction. Qu'il nous suffise, pour le moment, de considérer le mot « clientèle » comme le terme désignant le « genre » sans distinguer les « espèces » de clients, et de la définir de façon très large : l'ensemble

---

(1) Cf. aussi Colin et Capitan, *Traité de Droit civil*, t. I, p. 683.

(2) Cf., Lyon, Caen et Renault, *Cours de Droit commercial*, 12e édit., p. 378, en note : « On comprend parfois sous le nom de *clientèle*, les personnes qui sont dans l'usage de s'adresser à un commerçant, et par *achalandage* les personnes qui s'adressent à lui accidentellement, en passant ».

des personnes en rapport d'affaires avec une maison de commerce, ou l'ensemble des relations, habituelles ou accidentelles, du fonds avec le public.

Ainsi envisagée, la clientèle joue un rôle capital dans la vie du fonds de commerce. Il n'a d'existence et de valeur que par elle. L'étymologie et la simple observation des faits nous enseignent que le but du fonds de commerce est « d'entrer en relations avec le public et de conclure avec lui le plus grand nombre possible d'actes de commerce » (1). Que ces relations soient suivies ou occasionnelles, qu'elles résultent de l'activité du négociant ou de circonstances extérieures, elles représentent toutes une valeur pécuniaire et se traduisent par le chiffre d'affaires qui est l'indice de la prospérité du fonds. Aussi le commerçant consacre-t-il tous ses efforts à recruter, satisfaire, conserver et étendre sans cesse sa clientèle, car il y voit, à juste titre, la condition *sine qua non* du succès de son entreprise.

Certains auteurs ont pourtant soutenu que la clientèle n'est pas indispensable à tout établissement commercial et qu'on pourrait concevoir un fonds qui en serait dépourvu. On a imaginé notamment « le cas d'un commerçant qui, ayant réuni dans un local lui appartenant des marchandises qu'il a l'intention d'offrir au public, se fait inscrire au rôle des patentes et sera, dès lors, au moins au point de vue fiscal, traité comme titulaire d'un fonds de com-

---

(1) Gombeaux, *Notion Juridique des Fonds de commerce*, thèse, 1901, p. 73.

merce avant même d'avoir eu le temps de se constituer la moindre clientèle » (1).

En réalité la clientèle existe toujours, mais parfois seulement à l'état embryonnaire, à l'état de puissance, sous la forme d'une possibilité d'affaires. L'hypothèse citée attribue au commerçant l'intention d'offrir ses marchandises au public ; c'est donc qu'il a la volonté ou l'espoir de recruter une clientèle et qu'à ses yeux son fonds n'aura de raison d'être et de véritable valeur que le jour où la présence d'acheteurs lui permettra de réaliser des bénéfices en écoulant son stock. Cela est si vrai que, si une cession intervient avant toute exploitation de l'établissement, les parties en tiennent toujours compte dans la fixation du prix. Aussi M. Gombeaux propose-t-il avec raison de définir la clientèle « l'ensemble des relations réelles ou possibles qui peuvent exister entre le fonds et le public ».

Mais la clientèle n'est pas seulement le but extérieur nécessaire du fonds de commerce ; c'est elle encore qui lui donne cette cohésion interne dont nous cherchions, tout à l'heure, le secret. D'une part, en effet, elle sert de trait d'union entre les éléments divers qui le composent, puisque leur fonction commune, au sein du fonds de commerce, consiste à rallier la clientèle ; et d'autre part, l'exercice de cette fonction leur confère à tous une plus-value, une puissance nouvelle, en les revêtant du caractère commer-

---

(1) Torrant, *La Défense de la propriété commerciale* (Grenoble, 1919), p. 15, note 1.

cial. La clientèle constitue, en un mot, l'élément centralisateur et vivificateur de tous les organes du fonds de commerce.

C'est ce qu'un examen rapide de la « physiologie » économique de quelques-uns d'entre eux permet aisément de constater.

Et d'abord il est un élément qui, pour être inaliénable, n'en joue pas moins un rôle essentiel dans le fonctionnement du fonds de commerce : c'est l'activité du titulaire du fonds et de ses auxiliaires (1). Or il est bien évident que cette activité est entièrement employée à solliciter et à maintenir la faveur du public. Le but exclusif des efforts du commerçant est de conquérir la clientèle, de se l'attacher, d'en développer sans cesse l'importance ; et il s'y emploie en mettant en œuvre toutes ses ressources d'intelligence et de goût, de travail et de probité, de complaisance et de savoir-faire.

Mais, juste récompense, les clients qu'il a su ainsi grouper et satisfaire ne tardent pas à faire connaître

---

(1) D'après M. Valéry, (*Annales de Droit commercial*, 1902, p. 212, 215, 216), il serait plus exact de classer l'activité personnelle du commerçant et celle de ses auxiliaires parmi les éléments de la maison de commerce et non du fonds de commerce. Cet auteur distingue, en effet, ces deux notions : « La maison de commerce, dit-il, est l'ensemble des personnes, qui à des titres divers concourent au fonctionnement de l'établissement commercial. » Au contraire « il faut entendre par fonds de commerce l'ensemble des capitaux affectés à un établissement commercial, ou, pour exprimer la même idée sous une autre forme, l'ensemble des valeurs qui constituent le patrimoine d'une maison de commerce ». Une telle distinction éclaire d'un jour heureux le double aspect, personnel et patrimonial, de tout établissement commercial ; mais son intérêt existe surtout au point de vue théorique et descriptif, et elle ne présente pas d'utilité réelle en la matière spéciale qui nous occupe.

autour d'eux ses qualités et ses mérites, à attirer sur lui la curiosité et l'attention publiques, à lui faire de la « réclame », à lui gagner l'estime et la sympathie de nouveaux acheteurs, à le faire bénéficier parfois d'une véritable vogue. Il se trouve, de ce fait, mis en vedette ; sa réputation personnelle s'affirme et s'étend, et les relations de confiance qu'engendre le seul prestige de sa personnalité donnent, par réaction, à celle-ci la notoriété et le crédit.

Si de ce facteur personnel du fonds de commerce nous passons à ses éléments patrimoniaux, nous leur découvrons la même finalité et nous y voyons la même influence décisive de la clientèle.

C'est ainsi que les objets matériels groupés par le commerçant dans ses magasins ne deviennent des « marchandises », c'est-à-dire un élément du fonds, que par leur destination à la vente, donc aux clients. Leur valeur vénale seule importe. Elles ne sont considérées que sous l'angle du bénéfice à réaliser et, par conséquent, de la clientèle à satisfaire.

C'est pour donner satisfaction aux clients qu'elles revêtent dès leur incorporation au fonds, un caractère de consistance et de continuité qui n'est pas dans leur nature propre ; elles cessent d'être des choses isolées et prennent l'aspect d'une masse de biens, affectée au commerce, et dont le contenu se renouvelle constamment pour être toujours à la disposition des acheteurs ; la persistance du mouvement des achats exige en effet cette sorte de subrogation réelle par la substitution des marchandises acquises à celles aliénées. « Anciennes ou nouvelles ne prenant ainsi place

dans le fonds qu'en vue de la vente et du prix qu'on en retirera, leur individualité est absolument indifférente ; jamais elles ne sont envisagées en tant que corps certains mais seulement dans leur ensemble, comme constituant un stock que les achats n'ont d'autre but que de reconstituer sans cesse, toujours en vue de répondre aux demandes de la clientèle » (1).

Pour se conformer à ces demandes, les marchandises doivent encore correspondre fidèlement aux besoins, aux habitudes du public, se prêter à ses exigences, à ses engouements, prévoir et prévenir ses désirs et, dans ce but, subir constamment les modifications, quantitatives ou qualitatives, nécessitées par cette adaptation.

Les marchandises impliquent donc l'existence de la clientèle, non pas seulement comme la matière passive des transactions, mais aussi comme le moyen de les provoquer par l'attrait qu'elles exercent sur les acheteurs et par la satisfaction qu'elles leur procurent. Elles sont parfois, comme dans le commerce des nouveautés, le facteur prépondérant d'attraction de la clientèle ; le plus souvent elles se bornent, par leur excellence, à retenir les personnes attirées par d'autres signes représentatifs du fonds.

Et c'est ce lien étroit entre les marchandises et la clientèle qui leur donne toute leur valeur commerciale ; aussi leur prix varie-t-il en fonction de l'abon-

---

(1) A. L. Delalande, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, (Niort, 1922), p. 45.

dance ou de la rareté des acheteurs, suivant le mécanisme rigoureux de la loi de l'offre et de la demande.

Plus profonde encore est l'influence de la clientèle sur les éléments incorporels du fonds de commerce.

Le nom commercial, l'enseigne et les marques sont, par excellence, les « signes de ralliement » de la clientèle. Ce sont eux qui concrétisent le négoce et le font connaître du public ; c'est là tout leur but et le seul motif de leur valeur dans l'économie du fonds de commerce.

Le nom commercial est, pour ainsi dire, le signe représentatif du fonds, le « pavillon de la marchandise » ; il symbolise, aux yeux du public, la renommée dont jouit une entreprise, la supériorité de ses produits ; sa réputation est parfois mondiale ; son importance, considérable dans les commerces de luxe, est toujours prépondérante. Il fait souvent toute la prospérité du fonds, au point que l'acquisition de ce dernier, sans celle du droit au nom, serait dénuée de toute consistance. Aussi reconnait-on au successeur, à moins de stipulation contraire expresse, le droit d'en faire usage.

C'est à cette action sur la clientèle que le nom doit son prix et il n'a d'utilité que dans la mesure où il y réussit.

Il en est de même de l'enseigne qui, comme le nom mais sous une forme emblématique, contribue à individualiser le fonds de commerce ; sa valeur ne résulte nullement de sa nature propre mais de la clientèle qu'elle acquiert au fonds en frappant l'attention et la curiosité du public.

Les marques de fabrique et de commerce ont, elles aussi, pour unique destination de conserver et d'acquérir la clientèle.

Elles la conservent de deux manières. D'une part, en couvrant la marchandise, elles permettent aux clients qui l'ont déjà appréciée, de la demander et de la reconnaître en tout lieu ; elles inspirent ainsi confiance au consommateur qui, retrouvant aisément son article préféré, prend l'habitude de l'acheter. D'autre part, elles protègent le négociant contre certains détournements de clientèle que pourraient réaliser plus facilement, sans la marque, ses concurrents.

Souvent c'est la marque elle-même qui attire les acheteurs, indépendamment du produit qu'elle estampille : c'est le cas de ces nombreuses réclames qui, à force de « dresser » l'attention du public par des noms ou dessins étalés sur des journaux ou affiches, le décident à demander les objets revêtus de ce signe.

C'est donc encore la clientèle qui donne aux marques l'existence commerciale et constitue pour elles la seule source de productivité.

Certains auteurs ont objecté, il est vrai, que la marque est antérieure aux relations qu'elle engendre, que, dès son appropriation ou son dépôt, elle possède une vie juridique propre et fait déjà l'objet d'un droit privatif, bien qu'elle ne soit pas encore connue et n'ait rallié aucune clientèle ; et ils en concluent que la marque est indépendante de toute idée d'achalandage. En réalité cette période d'isolement, théoriquement concevable, n'a de raison d'être que si elle

est suivie du contact de la marque avec le public, et c'est précisément pour mieux pouvoir ensuite atteindre la clientèle que le commerçant acquiert d'abord et se fait garantir la propriété d'une marque. La marque et le droit qui la protège n'ont de valeur réelle qu'au moment où elle est employée pratiquement et à la condition qu'une fois répandue et vulgarisée elle gagne une solide renommée ; si, au contraire, c'est l'insuccès qu'elle rencontre, elle devient, en quelque sorte, un organe sans fonction et ne tarde pas à s'éteindre.

Si les brevets d'invention sont un élément de richesse pour la maison de commerce, c'est également en vertu de la faveur dont jouissent, dans le monde des acheteurs les produits ou procédés brevetés ; peu importe leur mérite scientifique ; ils représentent uniquement une possibilité de profits, en assurant au commerçant le monopole d'exploitation d'une marchandise désirée par un grand nombre de personnes.

Il en est ainsi de tous les droits intellectuels accessoires : dessins et modèles industriels, secrets de fabrique, médailles et récompenses, etc... ; ils reçoivent leur vitalité économique de la prospérité qu'ils donnent au fonds de commerce par l'afflux de clientèle dont chacun d'eux est la cause ou l'occasion.

Mais c'est dans le domicile commercial, envisagé comme un élément du fonds de commerce (1) qu'ap-

(1) Il ne peut donc s'agir que du local loué par un bailleur d'immeuble à un commerçant, puisque le local commercial dont le négociant est propriétaire est presque unanimement exclu de la

paraît le plus manifestement le rôle à la fois passif et actif de la clientèle.

Le domicile commercial est l'un des agents les plus aptes à rassembler et à retenir la clientèle. Il fixe et stabilise les relations commerciales et assure l'avenir du négoce. C'est lui qui permet aux clients de retrouver le commerçant qui a leurs préférences, lui qui enseigne aux habitants du quartier l'existence du fonds et vaut à ce dernier le mouvement d'affaires provenant des acheteurs de passage. Aussi l'emplacement de la maison de commerce compte-t-il, le plus souvent, pour une large part dans sa prospérité ; que d'établissements doivent leur succès à la situation de l'immeuble dans un centre important ou près d'une artère fréquentée !

Le fonds perd, par suite, une grosse partie de sa clientèle s'il est obligé de se transporter dans un autre domicile. Beaucoup d'acheteurs, en effet, après avoir donné leur confiance à un fournisseur, ne se feront pourtant pas scrupule de s'adresser au nouvel occupant s'il leur procure une égale satisfaction ; et nombreux sont ceux qui, par simple habitude, continueront, même au cas de changement de titulaire, à se servir dans une boutique qui se trouve sur leur chemin. C'est ce qui explique le besoin vital éprouvé par le commerçant de ne pas être évincé à fin de bail et les convoitises des concurrents désireux de prendre sa

---

composition du fonds de commerce. (Cf. Lyon-Caen et Renaut, III, nos 239 et 240 ; Thaller, *Traité élém.*, n° 85, p. 68 ; Perceron, *Note sous Dijon*, 30 mars 1908, *D.*, 1909, 2, 153 ; Wahl, *Note sous Pau*, 6 novembre 1911, S., 1913, 2, 193).

succession pour hériter de l'achalandage inhérent au siège de l'entreprise.

Mais, inversement, la clientèle ainsi attachée au domicile commercial lui confère, en retour, une plus-value qui atteint parfois des proportions considérables C'est pour cette raison que les prix de location des magasins sont, en général, sensiblement plus élevés que ceux des appartements ; le propriétaire qui loue à un commerçant similaire la boutique achalandée par le locataire sortant bénéficie donc, sous forme d'accroissement de revenu, de la plus-value acquise, de ce fait, par son immeuble.

Et de même que le fonds subit un préjudice quand il quitte l'immeuble où il était installé, de même l'immeuble se déprécie dès qu'il perd son affectation commerciale ; c'est, semble-t-il, l'une des raisons pour lesquelles les tribunaux reconnaissent au bailleur le droit d'obliger le preneur commerçant à ne pas abandonner l'immeuble avant l'expiration du bail.

En résumé, il se produit dans le fonds de commerce un échange constant d'influence entre les éléments du fonds et la clientèle. C'est vers elle qu'ils s'efforcent tous et c'est d'elle qu'ils reçoivent leur puissance économique ; sans elle ils ne seraient que des éléments inertes, de simples « titres nus », des valeurs purement théoriques et stériles au point de vue du but du fonds, c'est-à-dire du bénéfice à créer.

La clientèle est donc l'agent de fécondité nécessaire et commun aux multiples organes du fonds de commerce. Elle constitue, du même coup, la source de cohésion vivante du fonds lui-même.

Les éléments de ce dernier étant tous, en effet, à des degrés divers, des signes de ralliement de la clientèle, cette identité de fonction établit entre eux une solidarité profonde et sans cesse accrue, à mesure que le fonds dure et se développe. En s'employant, par des voies parallèles, à attirer et à retenir les acheteurs, ils se prêtent un mutuel appui, se complètent, se compensent, se suppléent, réagissent les uns sur les autres ; chacun d'entre eux tend à recruter une clientèle spéciale et profite de celle groupée par d'autres signes ; la marque doit, par exemple, une partie de son succès à la vogue des produits sur lesquels elle est apposée et ceux-ci puisent un peu de leur renommée dans l'abondance des clients attirés par la situation topographique du fonds.

Ainsi s'établit, grâce à la clientèle, une étroite interdépendance entre les éléments de l'entreprise ; et c'est de cette interdépendance que sont faites, en fin de compte, l'unité et la vie du fonds de commerce.

Un phénomène économique aussi fondamental ne pouvait échapper à l'attention du législateur. L'article 15 de la loi du 17 mars 1909, autorisant le créancier poursuivant et le débiteur saisi à demander la conversion de la saisie en vente globale du fonds s'explique manifestement par la dépréciation que causerait au fonds son démembrement. En reconnaissant par ce texte, et par d'autres (1), la nécessité de ne pas dissocier les éléments du négoce, la loi met en relief cette solidarité profonde qui les lie et qui est

(1) Cf. loi du 17 mars 1909, art. 2, (al. 3) et art. 20.

due, comme nous l'avons vu, à l'influence unifiante et vivifiante de la clientèle.

De nombreux auteurs ont aperçu et souligné cette importance primordiale de la clientèle à l'égard du fonds et de chacun de ses organes (1). Mais la plupart la considèrent à tort, à notre sens, comme un élément du fonds de commerce. « La clientèle et l'achalandage, dit M. Valéry (2) ne sont pas des éléments de l'établissement commercial, mais simplement des qualités, l'une de la maison, l'autre du fonds de commerce ».

Il serait plus juste encore de dire avec M. Bayart (3) que « la clientèle est le but du commerce, elle n'est pas pour cela un élément du fonds de commerce, pas plus que le but d'une société n'est un élément d'actif de cette société ».

Tendre à ce but, c'est la raison d'être du fonds de commerce et la source de sa cohésion ; l'atteindre, c'est le fondement de sa valeur, et sa valeur se proportionne à la manière plus ou moins complète dont il y parvient.

---

(1) Thaller, *Traité élém. de dr. commercial*, p. 64 ; Lyon-Caen et Renaut, *Traité de commerce*, III, p. 192 ; Gombeaux, *Notion jurid. du fonds de commerce*, p. 251 ; Boistel, *Précis dr. com.*, n° 429 ; Ruben de Conder, v° *fonds de com.*, n°s 3 et 6 ; Lèbre, *Tr. théor. et prat. des fonds de commerce*, n° 7.

(2) Valéry, *Annales de droit comm.*, 1902.

(3) Bayart, *Étude de la notion de fonds de commerce*, Thèse, Rousseau 1906.

SECTION III

Nature des droits du commerçant sur son fonds

Le droit du commerçant sur son fonds est presque unanimement qualifié de droit de propriété ; et, de fait, le doute semble bien n'être plus permis depuis la loi du 17 mars 1909 qui organise la vente et le nantissement des fonds de commerce. En désignant à plusieurs reprises le titulaire du fonds du nom de propriétaire (art. 3, al. 2 et 4 ; art. 13, 17, 23), en lui permettant surtout d'aliéner et d'hypothéquer son entreprise, cette loi suppose parfaitement établi que celle-ci fait l'objet d'un véritable droit de propriété.

A la vérité le problème n'est pas aussi nettement résolu ni aussi simple à résoudre ; il y a lieu de distinguer ici suivant que l'on envisage le fonds en tant qu'universalité ou dans la diversité de son contenu.

Pris dans son universalité, il est soumis à un droit qui remplit apparemment toutes les conditions du droit de propriété : il appartient de manière exclusive à son titulaire qui le gère à sa guise, en touche les bénéfices, peut le vendre, le louer, le donner en gage et le transmettre par testament, sous la seule réserve de se conformer aux lois et règlements.

Mais nous savons qu'en dépit du caractère d'universalité du fonds chacun de ses éléments conserve sa nature particulière. Il n'est donc pas surprenant de constater que, malgré le droit de propriété portant

sur le fonds de commerce considéré globalement, ses éléments font l'objet de droits conformes à leur nature respective et présentant, par suite, une grande variété. Le droit de propriété, au sens strict où l'entend le Code civil, s'exerce uniquement sur les éléments corporels ; le droit au bail est une créance de jouissance; les autres éléments incorporels constituent, pour la plupart, de simples monopoles d'exploitation, c'est-à-dire des droits limités dans le temps ou l'espace et conditionnés par des formalités.

En cédant son fonds le commerçant ne transmet au successeur que ces multiples pouvoirs qu'il possédait lui-même : droit temporaire sur le local loué, brevets soumis à certaines déchéances etc... Et il ne dépend ni de la volonté des parties ni de la loi de transformer en droits de propriété ceux de ces pouvoirs qui excluent, par définition, la consistance traditionnelle du droit de propriété.

C'est donc une signification très large qu'il convient de donner au droit de propriété dont le commerçant est investi sur son fonds. Il s'agit d'une propriété *sui generis*, rentrant dans la catégorie des droits intellectuels, et qu'on pourrait définir le pouvoir exclusif d'exploiter un certain nombre de sources de gains.

Il résulte de cette définition, fondée elle-même sur la nature des choses, qu'une telle propriété est nécessairement vide et stérile si le commerçant ne possède pas, en outre, une propriété d'ordre spécial sur l'élément que nous avons reconnu indispensable à l'exploitation du fonds et à la réalisation des gains,

sur la clientèle. Puisque c'est elle qui engendre l'unité et la vie du fonds de commerce, puisque sans elle il ne peut ni durer ni prospérer, il serait vain, pour le commerçant, d'avoir un droit quelconque sur son fonds si ce droit n'était complété et fortifié par un droit sur la clientèle.

Quel est donc le droit du commerçant sur la clientèle du fonds de commerce ? C'est ce qu'il nous reste à rechercher.

SECTION IV

Nature du droit du commerçant sur la clientèle de son fonds

I. — La clientèle ne fait pas l'objet d'un droit de propriété

L'analyse de sa notion nous a déjà enseigné que la clientèle n'est pas un bien au sens juridique du mot, une chose dans le commerce, un élément individualisé du fonds de commerce; elle ne peut faire, par conséquent, l'objet d'un droit de propriété. Désignant l'ensemble des relations d'affaires, actuelles ou possibles, accidentelles ou suivies, entre le fonds de commerce et le public, elle a un caractère insaisissable et fuyant qui s'oppose à toute idée d'appropriation.

Quelles que soient, en effet, l'origine et la force du rapport qui existe entre le négociant et les acheteurs, ce rapport demeure sans cesse exposé à se relâcher ou à se rompre, toujours à la merci de l'intérêt ou de la fantaisie des clients. « L'achalandage,

dit M. Celle, ne peut être jamais qu'une propriété vague et instable qu'il est difficile de garantir et de déterminer. Vous dites que vous possédez toute la clientèle de votre quartier, mais demain un concurrent va s'installer en face de votre porte et attirer chez lui par une réclame ingénieuse toute cette clientèle que vous prétendez vôtre (1) ».

Il serait plus vrai de dire que la clientèle n'est pas une propriété, même vague et instable, puisqu'elle ne rentre pas, de par sa nature, dans la catégorie des choses patrimoniales.

Qu'elle soit une valeur économique importante, cela n'est ni douteux ni contesté ; mais elle ne constitue pas, pour autant, un bien au point de vue juridique. Le lien qui unit le commerçant à ses clients est un pur lien de fait, et non de droit ; c'est librement qu'ils s'adressent à lui et, en dehors des dettes qui naissent de leurs achats, ils ne sont soumis à aucune obligation envers lui. Le commerçant peut bien s'employer, à l'aide de tous les moyens permis par la loi, à solliciter cette « res nullius » qu'est la clientèle, mais il ne lui appartient pas de la prendre et de la garder de force. Ainsi le veut la liberté de la concurrence, conséquence de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette conception, il est vrai, semble démentie à la fois par les habitudes du commerce et les textes de la législation.

---

(1) Rapport converti en délibération par la chambre de commerce de Lyon (séance du 6 mars 1913).

On parle couramment de cessions de clientèle sans que personne ne mette en doute leur validité. Et la loi de 1909 classe la clientèle et l'achalandage parmi les éléments compris dans la vente du fonds et ceux faisant l'objet de son nantissement. Le privilège du vendeur, dit l'article premier, « ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription et, à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, la clientèle et l'achalandage... Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises ». A propos du nantissement, l'article 9 déclare qu'« à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ».

La vente et la mise en gage étant des actes de disposition, qui exigent de leur auteur la qualité de propriétaire, il paraît tout à fait logique d'affirmer que la clientèle et l'achalandage font l'objet d'un droit de propriété.

Pourtant il n'en est rien et les textes invoqués appellent une toute autre interprétation que celle des partisans de la propriété de la clientèle.

L'énumération, conventionnelle ou légale, de la clientèle et de l'achalandage parmi les organes du fonds de commerce s'explique uniquement par l'impossibilité de les dissocier de ces organes autour desquels ils gravitent et qui en sont le support. Le législateur de 1909 a évidemment voulu préciser ainsi que les éléments du fonds ne peuvent être

conçus, dans les actes de cession ou de nantissement, qu'accompagnés de leur clientèle et de leur achalandage dont ils sont inséparables et qui leur donnent leur valeur. L'examen quelque peu attentif de la double notion de clientèle montre que cette interprétation des textes est la seule applicable non seulement à l'achalandage, c'est-à-dire à la clientèle groupée par les éléments patrimoniaux du fonds, mais encore à la clientèle proprement dite, celle attachée à la personne du commerçant.

Et d'abord l'achalandage subit par nécessité le sort des éléments auxquels il est, pour ainsi dire, agglutiné, puisqu'il n'a pas d'existence isolée de la leur et qu'ils seraient dépourvus, sans lui, de leur utilité économique ; c'est pourquoi il ne peut être isolément cédé ou donné en gage. En le mentionnant à la suite du nom commercial, de l'enseigne et du droit au bail, la loi de 1909 consacre cette dépendance et donne simplement à entendre que c'est tels qu'ils sont, tout achalandés, que ces éléments sont compris dans les contrats de vente ou de nantissement du fonds.

« En droit, dit M. Torrant (1), la situation est comparable à celle qui résulte de la vente ou de l'hypothèque d'un immeuble enrichi d'une servitude réelle active sur le fonds voisin. La vente ou l'hypothèque séparée de la servitude ne saurait se concevoir, mais il en est tenu compte dans la fixation du prix ou dans l'estimation du gage... Lorsqu'un

(1) Torrant, *op. cit.*, p. 23, 24.

commerçant vend un fonds tout achalandé, il est naturel qu'il fasse entrer dans le calcul de ses prétentions cette qualité primordiale de la chose à vendre et que l'acheteur soit disposé à en tenir compte dans l'évaluation des avantages que lui offre l'opération. Que si même un prix particulier est convenu entre les parties pour l'achalandage, ce n'est pas à proprement parler un prix de vente. Il faut y voir plutôt la représentation des efforts faits par le cédant et épargnés au cessionnaire pour la mise en valeur du fonds ».

Quant à l'établissement de prix distincts prévu par l'article 9, « il ne vise que le matériel, les marchandises et les éléments incorporels, ces derniers se trouvant réunis en un seul groupe ».

L'achalandage ne peut, par conséquent, faire à lui seul l'objet d'un droit de propriété.

Le droit de propriété ne porte pas davantage sur la clientèle proprement dite, celle qu'attire et retient la personne du commerçant.

La clientèle, au sens restreint du mot, est l'ensemble des personnes s'approvisionnant dans un fonds de commerce en raison de la confiance que leur inspire son exploitant. Ces caractères de personnalité et de confiance qui définissent la clientèle ne permettent pas d'y voir une valeur patrimoniale servant de base à un droit de propriété.

Les tribunaux refusent presque toujours d'admettre la validité des cessions de clientèle civile et ils motivent leur refus en alléguant que la clientèle des professions libérales, étant due principalement

aux qualités de travail et d'honnêteté de ceux qui exercent ces professions, ne peut faire l'objet d'une vente (1). Cette considération est fort juste, mais il n'y a aucune raison de ne pas l'invoquer également en matière commerciale.

Qu'il s'agisse de fonds civils ou de fonds commerciaux, la clientèle est intransmissible parce qu'elle dépend avant tout de la confiance accordée au titulaire du fonds et que cette confiance, pure situation de fait, n'est point une chose dans le commerce. Elle est rebelle, en un mot, à toute appropriation comme à toute aliénation.

Mais quel sens donner alors aux articles premier et 9 de la loi 1909 qui, à côté de l'achalandage, désignent aussi la clientèle — donc la clientèle personnelle — parmi les éléments de la vente et du nantissement du fonds ?

Pour comprendre le vrai sens de cette cession de clientèle il importe de ne pas s'arrêter à la lettre de cette expression et d'observer la manière dont une telle opération se réalise pratiquement.

L'acheteur d'un fonds en acquiert indirectement l'achalandage par le simple transfert des signes de de ralliement (nom, enseigne, local etc...) auxquels cet achalandage se trouve incorporé. Mais il lui est impossible d'acquérir, par des moyens analogues, la clientèle personnelle du vendeur puisque, se rattachant à la personne de ce dernier, elle est inaliénable.

---

(1) Aix, 15 novembre 1905, S. 06. 2. 299; Amiens, 30 novembre 1905, S. 06. 2. 298; Nancy, 23 février 1909, S. 09. 2. 252.

Comme il a cependant un très grand intérêt à conserver, dans la plus large mesure, les relations commerciales fondées sur un lien de confiance entre son prédécesseur et le public, la seule ressource qu'il ait pour atteindre au moins partiellement ce but est d'exiger du cédant qu'il s'attache, de tous ses moyens, à faire profiter son successeur de sa clientèle personnelle.

Ces moyens ont été inventés et consacrés peu à peu par la pratique commerciale. L'usage s'est assez vite répandu d'insérer, dans les contrats de vente de fonds, des clauses accessoires obligeant le vendeur à cesser tous rapports avec ses clients, à leur faire connaître son cessionnaire ou à aider celui-ci, pendant quelque temps, dans l'exploitation de l'établissement.

Le législateur et les tribunaux n'ont fait que reconnaître la validité de ces clauses et créer, en leur absence, à la charge du cédant, des obligations analogues destinées à aboutir, par des voies détournées, à une cession indirecte de la clientèle.

Cette cession se résout donc, en fait, en un certain nombre d'obligations négatives et positives.

Le plus souvent, c'est une clause du contrat qui interdit au vendeur de détourner la clientèle du fonds cédé, en stipulant qu'il ne pourra exercer, pendant un temps et dans un rayon déterminés, un commerce similaire. Lorsque les parties n'ont fait aucune convention de ce genre, le vendeur est libre de se rétablir, mais il doit s'abstenir de tout fait de concurrence déloyale susceptible d'amener la dévia-

tion, à son profit, de son ancienne clientèle. Il s'agit là, en d'autres termes, d'une sorte de désistement *in favorem*, d'une obligation de ne pas faire.

Certaines obligations de faire servent également à réaliser la transmission de la clientèle. Le cédant peut s'engager, par exemple, à participer encore quelque temps à la direction du fonds ou à recommander le nouvel occupant à la clientèle. En l'absence de stipulation contraire, l'acquéreur peut exiger du vendeur qu'il l'aide à conserver la clientèle, notamment en lui faisant connaître les noms et adresses des clients (1).

Cette nécessité de recourir à des moyens obliques pour transmettre la clientèle et l'incertitude d'y réussir, étant donné le caractère aléatoire des conventions qui constituent ces moyens, sont la meilleure preuve que la clientèle ne peut être cédée directement et effectivement.

« Il s'agit de savoir, dit M. Planiol (2), si la clientèle est un objet de propriété dont on puisse disposer et on doit reconnaître qu'elle n'est rien de tel, même pour les commerçants. Tout ce que le vendeur peut faire, c'est de mettre son successeur à sa place, d'inviter sa clientèle à lui continuer sa confiance, et de s'engager lui-même à ne pas exercer sa profession dans un rayon déterminé. Or il n'y a là que

---

(1) Trib. com. Coulommiers, 3 mai 1912, *Gaz. du Pal.*, 11 juin 1912. Le refus du vendeur de divulguer au cessionnaire une partie de la clientèle peut entraîner la nullité prononcée aux torts et griefs du vendeur. Paris, 9 nov. 1899, *D.*, 1900, 2, 211.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9e édition, 1923, t. II, p. 467, note 1.

des *obligations de faire* ; la vente, dans la conception moderne de ce contrat, implique le *transfert d'un droit* d'une personne à une autre. On peut vendre une maison, un mobilier, un droit au bail, un brevet d'invention, une créance ; on ne peut vendre une chose sur laquelle on ne possède aucun *droit* ».

Quelle que soit donc l'origine des liens qui la constituent — liens personnels ou achalandage — la clientèle n'est pas susceptible d'être soumise à un droit de propriété.

II. — Droits du commerçant sur les éléments de son fonds envisagés comme « signes de ralliement » de la clientèle

Est-ce à dire que le titulaire du fonds ne possède, même indirectement, aucun droit sur sa clientèle ?

Si l'existence d'une clientèle s'approvisionnant, habituellement ou accidentellement, dans un fonds de commerce constitue simplement un état de fait, sur lequel le commerçant ne saurait prétendre à un droit privatif, il n'en reste pas moins vrai que cet état de fait est dû, en grande partie, à son activité, à ses qualités professionnelles, à ses sacrifices de temps et d'argent.

C'est lui qui a conquis la confiance de la clientèle régulière. C'est grâce à l'excellence de ses produits, à la réputation qu'il a su mériter à sa maison que les divers éléments du fonds sont devenus, pour de nombreux acheteurs, de véritables signes de ralliement. C'est à l'aide d'une publicité active et coûteuse qu'il a réussi à étendre au delà de son quartier, et

parfois à des régions lointaines, le rayon de ses rapports commerciaux. Et il n'est pas jusqu'à la simple clientèle de passage qui ne provienne, au moins partiellement de ses efforts ; car si le promeneur se transforme en chaland, s'il franchit le seuil du magasin, c'est, bien souvent, intrigué ou charmé par la disposition ingénieuse ou artistique de l'étalage, fasciné peut-être à son insu par le luxe et l'éclat des vitrines.

Il en résulte que le commerçant considère la clientèle du fonds comme son œuvre et le résultat de son travail. Il se rend bien compte qu'il n'en est pas le maître exclusif, qu'elle n'est pas tenue de lui rester fidèle, qu'elle lui échappe, en fait, dès que son caprice ou son intérêt l'y poussent et qu'il n'est point en son pouvoir de la conserver malgré elle. Il sait même que la liberté du commerce, principe essentiel de notre état social, permet aux autres négociants d'attirer à leurs fonds la clientèle qu'il avait réussi à grouper autour du sien.

Mais l'équité lui paraît, à juste titre, exiger que ses concurrents n'utilisent, pour y parvenir, que les signes de ralliement qu'ils possèdent eux-mêmes, c'est-à-dire leur activité personnelle et les ressources de leur négoce. Il s'estime injustement lésé lorsque, en vue de lui ravir sa clientèle, des commerçants similaires usurpent ses propres signes de ralliement, afin de bénéficier de leur puissance d'attraction, ou les dénigrent publiquement en vue de détourner à leur profit les acheteurs qu'ils attiraient.

Cette conception qu'a le commerçant de ce qui

lui appartient et de ce qui ne lui appartient pas est conforme à la réalité des choses. Les droits dont il jouit portent, non pas sur la clientèle elle-même, mais sur les éléments qui servent à la créer et à la retenir.

La consistance de ces droits est diverse (droit réel sur les marchandises, jouissance temporaire du local loué, droits divers sur les monopoles d'exploitation etc...), et il n'est pas juridiquement possible de les considérer tous comme des droits stricts de propriété. Mais, étant donné le but économique des éléments du fonds, signes de ralliement de la clientèle, le commerçant doit pouvoir, dans la limite de ces droits qu'il a sur eux, les faire servir le plus complètement possible à la réalisation de ce but.

Et c'est là ce qui explique la distinction faite par les commerçants entre la propriété du fonds de commerce et ce qu'ils appellent, d'un terme générique, la « propriété commerciale » (1). La propriété du fonds, pris en bloc, leur est pleinement acquise puisqu'ils peuvent sans difficulté le vendre et le donner en gage. Mais ce qu'ils demandent à la loi de définir et de

---

(1) Le terme de « propriété commerciale » est surtout employé, à l'heure actuelle par les commerçants dans un sens plus restreint, pour désigner le droit du locataire-commerçant au renouvellement de son bail. Le local loué commercialement étant l'élément du fonds le plus fragile et le moins efficacement protégé par la loi, les commerçants en réclament, depuis un certain nombre d'années, la protection, en alléguant que cet élément, comme signe de ralliement de la clientèle, fait partie de leur « propriété commerciale ». Cette expression en est ainsi venue à ne plus signifier, dans leur esprit, que le droit du titulaire du fonds sur l'immeuble qu'il loue. Nous verrons plus loin qu'une terminologie aussi imprécise a été la source de confusions et de graves erreurs.

garantir, c'est leur «propriété commerciale», c'est-à-dire l'ensemble de leurs droits sur les divers éléments du fonds, envisagés comme signes de ralliement de la clientèle. Ce qu'ils veulent c'est la protection, en tant que tels, de ces signes de ralliement par une réglementation appropriée des droits dont ils font l'objet et une sanction rigoureuse des atteintes qui leur sont portées.

Le législateur ne pouvait se désintéresser de ces légitimes besoins des commerçants. Il s'est efforcé de leur donner satisfaction dans toute la mesure compatible avec les principes juridiques et la liberté commerciale. Mais l'évolution de ce système protecteur est loin d'être terminée. Son examen rapide nous permettra de mettre en lumière ce qu'il a de défectueux et d'inachevé.

CHAPITRE II

État du droit relativement à la protection des éléments du fonds de commerce envisagés comme signes de ralliement de la clientèle

---

La liberté commerciale, éminemment bienfaisante dans son principe, fait naître d'inévitables abus dont la tolérance ou l'impunité heurteraient le sens de la justice et qui ne pouvaient laisser le pouvoir législatif indifférent. Or il se trouve que ces faits répréhensibles présentent tous ce caractère commun d'être des atteintes à l'un ou l'autre des éléments dont se sert le commerçant lésé pour attirer la clientèle (dénigrement des marchandises, usurpation du nom commercial, contrefaçon des marques, etc...).

Il appartenait donc au législateur de donner les moyens de sanctionner de tels abus, en protégeant les signes de ralliement de la clientèle contre les troubles apportés à l'exercice de leur fonction.

Cette protection résulte de deux sources différentes

mais manifestement destinées à se compléter : d'une part, les principes du droit commun relatifs à la concurrence déloyale ; d'autre part, un ensemble de lois spéciales punissant de peines correctionnelles certains faits de concurrence déloyale limitativement définis (1).

La théorie de la concurrence déloyale a son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. « C'est de ces deux textes laconiques que la jurisprudence a tiré sa théorie de la concurrence déloyale. Elle conclut avec raison que tous les actes contraires à la loi, aux usages loyaux ou à l'équité donnent ouverture à une action au profit de toute personne lésée, et par suite des concurrents à qui ces actes préjudicient... Il s'ensuit que les tribunaux peuvent atteindre et réprimer de cette manière, sur la poursuite de quiconque est lésé, dans n'importe quel commerce et dans n'importe quelle profession, les actes variables à l'infini qu'on groupe sous le nom de concurrence déloyale et qui, en modifiant les conditions régulières d'une concurrence normale, sont susceptibles de détourner la clientèle d'autrui. Il n'est pas nécessaire que l'acte ait été commis de mauvaise foi et la concurrence illicite peut être atteinte tout comme la concurrence déloyale proprement dite » (2).

L'action en concurrence illicite ou déloyale vise

---

(1) Lois du 28 juillet 1824, du 23 juin 1857, du 5 juillet 1844, du 13 mai 1863, du 14 juillet 1909 et du 8 août 1912.

(2) O. Pichot, *De la répression de la concurrence déloyale en matière commerciale*, p. 300, thèse, Paris, 1923.

à la cessation ou à la réparation du dommage et est soumise aux règles ordinaires du Code de procédure civile.

Grâce à leur portée très générale, à leur souplesse et à la large application qu'en fait la justice, les articles 1382 et 1383 donnent au commerçant une arme puissante contre les multiples manœuvres de concurrence déloyale qui menacent les éléments de son fonds. Au surplus, couronnant un long mouvement de jurisprudence en faveur du droit d'intervention syndicale, la loi du 12 mars 1920, concernant la capacité civile des syndicats professionnels (1), autorise ces derniers à exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits préjudiciables à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Parmi ces innombrables agissements de concurrence déloyale auxquels sont exposés les éléments du fonds de commerce, certains actes déterminés ont été soustraits au droit commun par des lois pénales particulières et qualifiés de délits. Il en résulte pour quelques-uns de ces éléments, la double garantie de l'action civile en réparation et de l'action en usurpation ou contrefaçon portée devant les tribunaux répressifs.

Nous nous bornerons à résumer ici à grands traits ces diverses protections dont jouissent les organes du fonds de commerce, uniquement considérés dans leur fonction économique d'attraction de la clientèle.

---

(1) Modifiant l'article 5 de la loi du 21 mars 1884.

SECTION I

Personnalité du commerçant

La personnalité du commerçant étant un signe de ralliement de la clientèle, il arrive que, pour s'emparer de la clientèle qui y est attachée, certains rivaux peu scrupuleux n'hésitent pas soit à dénigrer le commerçant, soit à se prévaloir déloyalement de titres ou qualités qui empruntent tout leur prestige à sa personne.

Ces deux catégories d'imposture sont atteintes par l'action en concurrence déloyale, basée sur les articles 1382 et 1383. Le commerçant qui, par des appréciations malveillantes, discrédite son confrère, met en doute sa probité, le représente comme infidèle à ses engagements ou indigne de la confiance de ses acheteurs, commet un acte de concurrence déloyale. Il a été par exemple, jugé que la distribution d'un factum mettant en cause le patriotisme d'un négociant constitue un dénigrement, obligeant son auteur à réparation, même s'il n'y a eu que possibilité de préjudice (1).

Les juges du fait apprécient souverainement les critiques formulées sans avoir à rechercher si elles sont fondées (2).

Il peut y avoir, en outre, diffamation, entraînant

(1) Trib. civ. Montreuil-sur-Mer, jugeant commercialement, 13 mars 1915 ; *Gaz. Trib.*, 24 octobre 1915.

(2) Trib. civ. Seine, 16 février 1895, *Rev. de dr. ind.*, 95, 87.

les pénalités prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, lorsque les allégations revêtent la forme de propos proférés ou d'écrits distribués en public (1).

Il est également interdit à toute personne de faire état de ses liens de parenté ou de ses anciennes relations d'employé ou d'associé avec un commerçant, dans le seul but de lui ravir sa clientèle (2). Les tribunaux peuvent, dans les hypothèses de ce genre, condamner à une somme d'argent réparatrice ou faire cesser la confusion par des mesures appropriées, en exigeant, par exemple, que le titre d'ancien employé d'un commerçant ne soit pas inscrit en lettres minuscules à côté du nom dudit commerçant (3).

SECTION II

Marchandises

C'est encore le droit commun qui sanctionne les actes de concurrence déloyale dont sont l'objet les marchandises du fonds, envisagées, elles aussi, comme signes de ralliement de la clientèle.

L'un des moyens les plus odieux d'écarter la clientèle d'un établissement rival est d'en déprécier les produits ou les procédés, soit par des imputations plus ou moins franches, soit par des comparaisons mensongères. S'il est permis de vanter, même exagé-

---

(1) Il y a diffamation à reprocher publiquement à un commerçant de laisser protester les traites livrées sur lui, surtout lorsqu'il les a acceptées (Cass. cr., 10 décembre 1886, *D.*, 1887, I, 364).

(2) Paris, 8 juillet 1910, *Ann.* 1910, I, 223.

(3) Riom, 1er décembre 1903, *Rec.* Riom, 1904, 910.

rément, ses produits, il y a concurrence déloyale à déprécier systématiquement ceux d'un autre commerçant, à les déclarer mauvais ou nuisibles, à qualifier ses procédés de surannés, à se prétendre le seul fabricant de certains objets ou l'unique lauréat de tel concours ou de telle exposition (1). Les commerçants lésés par ces critiques ont la ressource de réclamer réparation, en vertu des articles 1382 ou 1383.

La concurrence déloyale prend aussi parfois le caractère d'une confusion que l'on veut faire naître entre les produits de deux établissements et qui est réalisable au moyen d'une similitude de dénomination, de forme ou d'enveloppage des produits. La dénomination d'un produit est protégée par la loi pénale du 23 juin 1857, lorsqu'elle a été déposée comme marque et par celle du 5 juillet 1844, lorsque l'inventeur du produit est encore dans la période fixée pour l'exploitation de son brevet. Mais, en dehors de ces cas particuliers, le commerçant a le droit d'agir en concurrence déloyale contre ceux qui, par des annonces, prospectus, factures ou de simples conversations, usurpent la dénomination de ses produits. La même action lui est ouverte contre les imitations plus ou moins serviles de la forme de ses produits ou de leurs signes extérieurs (boîtes, enveloppes, flacons, étiquettes, cachets etc...), toutes les fois que ces ruses risquent de tromper la confiance des consommateurs.

---

(1) Lyon, 22 oct. 1910, *Ann.*, 1911, 2, 20 ; Paris, 6 avril 1911, *Ann.*, 1911, I, 252.

SECTION III

Nom commercial

Le nom commercial est protégé, comme signe de ralliement de la clientèle, à la fois par les règles du droit commun (art. 1382 et 1383 C. civ.) et par la loi du 28 juillet 1824.

Les principes généraux de la concurrence déloyale donnent les moyens de prévenir ou de réprimer toute usurpation du nom commercial ayant pour but ou pour effet de s'emparer de la clientèle d'autrui, de quelque artifice que s'entoure cette usurpation et même en l'absence de toute intention frauduleuse. C'est ainsi qu'en dépit du droit qui appartient à l'homonyme d'exercer réellement et personnellement le commerce sous son nom patronymique les tribunaux peuvent prescrire toutes mesures qu'ils jugent utiles pour éviter une confusion préjudiciable à un commerçant portant le même nom (1), exiger, par exemple, des additions de prénoms, de qualités ou de date relative à la fondation de la maison (2), et, si ces mesures sont insuffisantes, interdire la dénomination (3).

L'usurpation ou imitation du nom commercial donne ouverture à l'action en concurrence déloyale,

---

(1) Dijon, 12 juillet 1894 ; *La Loi*, 5 septembre 1894 , Cass., 5 avril 1909, *Ann. prop. ind.* 1904, 342.

(2) Paris, 23 juillet 1908, *Ann.* 1909, I, 90 ; 1909, I, 36.

(3) Paris, 15 novembre 1908 et 17 juin 1910, *Ann.* 1909, I, 23 et 1911, II, 9.

qui tend au prononcé d'une condamnation pécuniaire.

La loi pénale du 28 juillet 1824 transforme en délit et punit de peines correctionnelles une variété déterminée d'usurpation du nom commercial, celle qui consiste à l'apposer sur un objet fabriqué. Le domaine d'application de cette loi est très large. Elle n'exige pas le dépôt du nom. Sa protection s'étend à tous les noms commerciaux (nom du fabricant, nom de localité, raison sociale), et même au pseudonyme, lorsque l'usage l'a incorporé ou substitué au nom patronymique. Il n'est pas indispensable que le faux nom adhère à l'objet fabriqué ; il suffit de son apposition sur une enveloppe quelconque de l'objet ou sur son étiquette (1). Il n'est pas non plus nécessaire que l'usurpation soit absolue et les tribunaux ont, en cette matière, un droit complet d'appréciation (2). Peu importe enfin qu'il y ait ou non préjudice; s'il existe, les dommages-intérêts s'ajoutent aux sanctions correctionnelles ; sinon le tribunal se borne à appliquer les peines de l'article 423 du Code pénal.

L'action en répression du délit peut être exercée d'office par le ministère public ou mise en mouvement par la partie lésée par voie de citation directe (3).

---

(1) Cass., 18 novembre 1904, *Gaz. Pal.*, 19 décembre 1904.

(2) Morlaix, 13 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 19 mars 1920.

(3) La loi du 28 juillet 1824 a été complétée par les lois du 1er août 1905 et du 6 mai 1919 relatives à la protection des appellations d'origine, par les lois des 1er février 1899, 11 juillet 1906, 28 juin 1913, 15 juillet 1921 et le décret du 1er juillet 1922 sur les indications de provenance.

SECTION IV

Enseigne

L'enseigne, étant « le signe servant à distinguer l'établissement et à rallier la clientèle par un nom ou un emblème » (1), a besoin d'être défendue contre la fraude très fréquente qui consiste à usurper l'enseigne d'un commerçant pour lui ravir sa clientèle en induisant celle-ci en erreur.

Cette protection est assurée par l'application des articles 1382 et 1383, et strictement limitée par son but qui est d'empêcher une confusion réelle ou possible dans l'esprit du public. C'est pourquoi le droit à l'enseigne ne s'étend pas au delà de la région où l'exploitant exerce effectivement son commerce et où la concurrence par similitude d'enseigne pourrait le léser. Et, à la différence de l'usurpation du nom commercial qui est illicite en dehors de tout préjudice, l'usurpation de l'enseigne ne peut être poursuivie en justice que si elle provoque ou favorise un détournement de clientèle (2).

Il en résulte que l'action en concurrence déloyale est subordonnée, en cette matière, à l'existence de trois conditions sans lesquelles il ne saurait y avoir de fait dommageable : il faut que les deux établisse-

---

(1) G. Bry, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1914, p. 520.

(2) Cass. req. rej. 20 février 1888, *Ann.* 1890, 113 ; Lyon, 18 mars 1910, *Ann.* 1911, II, 23.

ments appartiennent à un commerce similaire, que leur proximité risque de tromper la clientèle (1), et que le mode de reproduction de l'enseigne rende possible une confusion entre eux (2).

Les tribunaux peuvent prononcer des dommages-intérêts, supprimer l'enseigne ou ordonner des modifications de nature à éviter la confusion.

SECTION V

Marques de fabrique et de commerce

La marque de fabrique ou de commerce, c'est-à-dire tout signe destiné à désigner les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce, est la propriété de celui qui en fait le premier usage. Elle est garantie par l'action en concurrence déloyale permettant d'obtenir la condamnation du commerçant qui l'a usurpée en vue de tromper le public.

Elle dispose, en outre, en vertu de la loi du 23 juin 1857, d'un surcroît de protection lorsqu'elle a fait l'objet d'un dépôt. Le dépôt fixe, délimite et prouve le droit du déposant. Il renseigne, en même temps, les tiers ; les usurpations sont, à partir de l'accomplissement de cette formalité, réputées commises de mauvaise foi et les atteintes à la marque constituent désormais un délit réprimé par la juridiction correctionnelle.

La loi de 1857 prévoit et punit plusieurs catégories

(1) Lyon, 5 juillet 1906, *Ann.* 1907, 2, 36.
(2) Paris, 6 août 1902, 23 juillet 1911, *Ann.* 1911, 1, 31.

de faits délictueux, notamment la contrefaçon, l'imitation frauduleuse, la vente ou mise en vente. Pour poursuivre ces diverses fraudes, le propriétaire d'une marque déposée a une action en contrefaçon, tendant à frapper d'amende l'auteur du préjudice et à faire détruire les marques contrefaites. Il peut demander des dommages-intérêts accessoirement à la peine et, s'il recherche uniquement la réparation pécuniaire, porter le procès devant le tribunal civil de première instance (1).

SECTION VI

Brevets d'invention

La loi du 5 juillet 1844 a eu pour but de protéger « toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie ». Le brevet d'invention est le « certificat par lequel le Ministre du commerce donne acte à un prétendu inventeur du dépôt de son invention, et de son intention d'exercer le privilège temporaire qui y est attaché » (2).

L'article 33 impose une amende à quiconque prend la qualité de breveté sans posséder un brevet déclaré conformément aux lois. Aux termes des articles 40 et suivants toute violation des droits du breveté

---

(1) Loi du 23 juin 1857, art. 16. La loi du 23 juin 1857 a été complétée par la loi du 3 mai 1890, qui modifie les formalités du dépôt, et par la loi du 26 juin 1920 « instituant des taxes spéciales pour le service de la propriété industrielle et l'immatriculation au registre du commerce ».

(2) Thaller, *Traite élém. de dr. commercial*, p. 88.

constitue le délit de contrefaçon dont l'appréciation est laissée aux juges du fait et qui est puni d'une amende de 100 à 2.000 francs. Le contrefacteur est passible, en outre, de dommages-intérêts et de la confiscation des objets reconnus contrefaits (1).

SECTION VII

Dessins et modèles industriels; secrets de fabrique; médailles et récompenses

Les dessins et modèles industriels, élément parfois important d'un fonds de commerce, appartiennent en propriété à celui qui les a créés. Mais la loi du 14 juillet 1909 (complétée par le décret du 26 juin 1911 et la circulaire ministérielle du 10 juillet 1911) les entoure, durant 50 années à dater de leur dépôt, de garanties spéciales.

Cette loi et les articles 425 et 427 du Code pénal assurent au créateur des dessins et modèles un droit exclusif de reproduction, d'exploitation et de vente. Elle réprime toutes les entraves apportées sciemment

---

(1) Des modifications de détail ont été apportées à la loi du 5 juillet 1844 par les lois des 20 mai 1856, 7 avril 1902, 26 décembre 1908 et la loi de finances du 31 décembre 1921. La loi du 8 octobre 1919 a décidé qu'une commission spéciale, composée de quatre membres et présidée par un conseiller à la cour d'appel de Paris, pourrait prolonger, sous certaines réserves, la durée des brevets qui n'ont pu être exploités normalement par suite de l'état de guerre. La loi du 26 juin 1920 (art. 4) déclare qu' « aucune cession ou concession de droit d'exploitation ou de gage relativement à un brevet ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre spécial des brevets tenu à l'office national de la propriété industrielle ».

« au droit de propriété de l'auteur des dessins et modèles, au droit de les reproduire, vendre ou faire vendre, de les exploiter de quelque manière que ce soit » (art. 10).

Il appartient au ministère public de poursuivre d'office le délit de contrefaçon par l'action publique, et le déposant reste libre d'exercer une action en réparation du préjudice causé ; les pénalités consistent en amendes ou emprisonnement (art. 10, al.1) ; l'action civile peut aboutir à l'obtention de dommages-intérêts ou à la confiscation des objets portant atteinte aux droits garantis par la loi (art. 11, al. 6)

Les secrets de fabrique sont réglementés par l'article 418 du Code pénal, modifié par la loi du 13 mai 1863. Ce texte frappe de sanctions pénales leur divulgation par le personnel et l'action en concurrence déloyale permet de poursuivre les concurrents qui s'en emparent au moyen de procédés illicites.

Depuis la loi du 30 avril 1886, l'usurpation des médailles et récompenses industrielles n'est plus un simple acte de concurrence déloyale ; c'est un délit puni de peines correctionnelles, sans préjudice des dommages-intérêts que la partie lésée a le droit de réclamer, à titre compensatoire. Mais, en vertu de la loi postérieure du 8 août 1912, celui qui a obtenu des distinctions honorifiques ne peut s'en prévaloir à l'encontre des tiers qu'après enregistrement à l'Office national de la propriété industrielle.

CHAPITRE III

Caractère incomplet de la protection des signes de ralliement de la clientèle : Fragilité des droits du locataire-commerçant sur le domicile commercial, envisagé comme signe de ralliement de la clientèle ; Position du problème de la « propriété commerciale »

Il ressort de tous les développements qui précèdent que le fonds de commerce jouit de deux sortes de protection juridique, correspondant exactement à la physionomie à la fois uniforme et diverse de sa nature économique.

Afin qu'il puisse faire l'objet de contrats portant sur son intégralité, la loi du 17 mars 1909 consacre son universalité et le réglemente uniquement en tant que valeur globale, toujours homogène, quels que soient les caractères spécifiques des multiples éléments qui le composent.

Poursuivant un autre but, celui de permettre au fonds de commerce de tendre librement à sa fin, qui est la réalisation du bénéfice, des lois pénales

particulières et la théorie jurisprudentielle de la concurrence déloyale garantissent ses divers éléments contre les atteintes portées à l'exercice de leur fonction d'attraction de la clientèle.

Mais, tandis que la protection globale du fonds a été assurée, en quelque sorte, d'un seul coup et presque *ne varietur* par la loi de 1909, la protection des signes de ralliement de la clientèle n'a été organisée que progressivement, fragmentairement. Commencée bien antérieurement à la loi de 1909, elle n'est pas encore achevée.

Elle présente, en effet, une lacune considérable. L'un des principaux signes de ralliement, le domicile commercial, est demeuré en dehors de toute législation protectrice dans l'hypothèse, extrêmement fréquente, où il est occupé en vertu d'une location.

A la différence du commerçant propriétaire du siège de son entreprise, le commerçant qui n'en est que le locataire n'est pas libre de l'utiliser sans réserve au service de son négoce et n'a pas les moyens de faire produire à ce précieux instrument de travail son maximum de rendement, puisque cette utilisation et ce rendement se trouvent nécessairement conditionnés et limités par ses obligations de locataire et par le caractère temporaire du bail.

Il n'appartient pas, sans doute, au législateur de transformer cette jouissance précaire du domicile commercial en un droit de disposition absolue, et l'on ne peut que se borner à regretter que les commerçants ne soient pas tous propriétaires de leurs

boutiques. Mais le bail commercial bénéficie-t-il du moins, en raison de sa destination économique particulière, d'une réglementation appropriée lui permettant, dans toute la mesure compatible avec les principes essentiels du contrat de louage, de remplir utilement, au sein du fonds de commerce, son importante fonction d'attraction de la clientèle ?

Si l'on fait abstraction de la dernière législation de guerre, dont le caractère est essentiellement temporaire et exceptionnel, on doit convenir qu'aucune réglementation de ce genre n'a encore été définitivement instituée.

Dans l'énoncé des règles relatives au louage des immeubles les rédacteurs du Code civil n'ont formulé aucune disposition spéciale pour les locations de maisons à usage de commerce ou d'industrie et les ont assimilées en tous points aux locations à usage d'habitation. Il existe pourtant une différence profonde entre la fonction des unes et des autres.

Le droit au bail revêt, pour le locataire commerçant, ce caractère très particulier d'être l'un des rouages essentiels du fonctionnement de son fonds. Le rez-de-chaussée loué commercialement est un véritable instrument de travail pour celui qui l'occupe ; c'est le centre des affaires, le point de rassemblement de la clientèle, le signe visible qui donne au fonds cette notoriété sans laquelle il n'est pas de prospérité possible.

Or, en dépit de ce caractère *sui generis*, le bail à usage de commerce a été soumis, par le législateur de 1804, aux mêmes règles que le bail à usage bour-

geois : mêmes conditions de jouissance, mêmes obligations à la charge des parties, même extinction brutale ; et les prérogatives que le Code civil accorde au bailleur, dans la discussion et l'exécution du contrat de louage d'immeuble, s'exercent au détriment du locataire-commerçant comme de tout autre locataire.

Cette disproportion flagrante entre l'énorme importance économique du bail commercial et sa fragilité juridique a pour conséquence, non pas simplement de limiter, mais de contrarier et d'entraver profondément l'utilisation, comme élément du fonds de commerce, de l'immeuble loué commercialement.

Le bail commercial constituant en effet, en même temps qu'un lien civil, l'un des éléments essentiels du fonds de commerce, le locataire-commerçant se trouve assujetti à son bailleur non seulement comme locataire mais comme commerçant. Une telle dépendance lui fait subir un état de gêne et d'insécurité qui lui est préjudiciable pendant toute la durée du bail et dont les plus graves conséquences sont de mettre en péril, à l'expiration du bail, l'existence même du fonds de commerce.

C'est à ces deux moments que nous allons examiner la situation que possède, en droit et en fait, le locataire-commerçant.

SECTION I

Situation juridique et économique du locataire-commerçant pendant la durée du bail

Les lieux occupés par le commerçant locataire étant un élément d'actif de son fonds, une sorte de capital engagé dans son exploitation, le bailleur se trouve indirectement mais réellement associé au fonctionnement de l'entreprise à laquelle il procure la jouissance de son immeuble ; et il ne peut être censé ignorer le rôle ainsi joué par ce dernier, puisqu'il l'a loué pour un commerce, à un prix relativement élevé en raison de cette affectation, et qu'il profite de la plus-value provenant de l'achalandage de la boutique.

Pourtant la loi n'impose aucune obligation particulière au propriétaire de locaux commerciaux ; elle lui permet, par conséquent, de se désintéresser de la destination économique de son immeuble, de ne rien faire pour la favoriser et d'user de tous ses droits de bailleur, même s'il en résulte une gêne ou un préjudice pour l'activité professionnelle du locataire.

A défaut du législateur, les tribunaux se sont efforcés, par de nombreuses décisions, rendues à propos de locations commerciales, de délimiter les obligations du bailleur en fonction du but spécial de la jouissance du preneur.

Pour citer quelques exemples, le locataire-commerçant peut, en l'absence d'une prohibition dans le bail, faire passer ses voitures de livraison par les

portes cochères (1) et établir des enseignes ou panneaux à l'extérieur de son magasin (2) ; lorsque la boutique est louée avec dépendances pour l'installation d'une charcuterie, le propriétaire peut être tenu de faire construire dans ces locaux la cheminée indispensable à l'exercice de cette profession (3) ; le bailleur d'un théâtre doit supporter les frais des travaux prescrits par une ordonnance de police dans un but de sécurité (4) ; le bailleur ne doit introduire dans les lieux loués aucune industrie susceptible d'entraver le négoce du locataire-commerçant (5) ; il n'a pas le droit, si le preneur, qui exerce le métier de peintre sur verre a loué surtout à cause du jour éclairant ses ateliers, de modifier sensiblement cette jouissance de la lumière par des constructions nouvelles (6) ; il lui est également interdit de démolir ou reconstruire l'étage supérieur si, par suite de la chute de matériaux, la clientèle est sujette à s'éloigner du fonds de commerce installé au rez-de-chaussée (7) ; il ne peut, avant l'expiration du bail, apposer un écriteau désignant le local comme libre et nuire ainsi au crédit du commerçant (8).

Toute cette jurisprudence favorable aux locataires-

---

(1) Trib. civ. Seine, 11 août 1885, cité par AGNEL et PABON, *Code des propriétaires et locataires de maisons*, 9e édit., n° 179.
(2) Trib. civ. Saint-Étienne, 8 février 1899, *D.*, 1902, 2, 337.
(3) Caen, 25 août 1875, *S.*, 1876, 2, 40.
(4) Paris, 17 oct. 1885, *Gaz. des Trib.*, 18 oct. 1885.
(5) Paris, 15 mars 1894, *D.*, 1894, 2, 288.
(6) Trib. civ. Seine, 6 août 1885, AGNEL et PABON, *op. cit.*, n° 290.
(7) Req. 31 mai 1897, *D*, 1897, I, 214.
(8) Paris, 4 juillet 1857, *Suppl*t *au Repert. alphab. Dalloz*, Louage, n° 145.

commerçants est manifestement destinée à faire respecter par les propriétaires le caractère *sui generis* des baux commerciaux et à adapter ainsi le contrat de louage d'immeuble aux besoins impérieux du commerce et de l'industrie. Mais une telle adaptation, fragmentairement réalisée au fur et à mesure des cas d'espèce que solutionnent ces décisions judiciaires, ne peut suffire, on le devine, à toutes les exigences de la pratique commerciale. Aussi le locataire-commerçant en est-il réduit à pourvoir lui-même, lors de la rédaction du bail, à la défense de ses intérêts. Bien que jouissant, dans cette discussion, d'une position moins forte et moins indépendante que celle du propriétaire, il doit s'employer à obtenir de lui l'insertion, au contrat, de clauses tendant à lui assurer l'exercice paisible et utile de sa profession. Telles sont les conventions relatives à la durée du bail, ordinairement plus longue pour les locaux commerciaux, aux facilités d'entrée et de sortie du personnel, à la consommation de l'eau, à l'emballage et au déballage des marchandises, aux délais de préavis, etc...

Il existe surtout deux garanties auxquelle le locataire-commerçant attache une exceptionnelle importance et dont il ne manque jamais de réclamer l'introduction parmi les clauses du bail ; ce sont : l'interdiction pour le propriétaire de louer d'autres parties de son immeuble à des commerçants concurrents, et la faculté pour le locataire de sous-louer ou de céder son bail.

Mais quelle est, au juste, l'étendue de la sécurité que ces deux garanties donnent au commerçant ?

I. — Le locataire-commerçant et la concurrence faite dans l'immeuble (article 1719)

Puisque le domicile commercial est, au premier chef, ainsi que nous l'avons observé, un élément d'attraction et de conservation de la clientèle, il mérite d'être défendu contre les troubles qui le menacent comme tel, en tendant à détourner de lui la clientèle qu'il a acquise au fonds de commerce.

Le plus grave de ces troubles résultant de l'installation d'un commerce similaire dans le même immeuble, le locataire-commerçant, pour se prémunir contre cette forme particulièrement dangereuse de concurrence, demande, en général, l'adjonction au contrat d'une clause lui réservant l'exercice exclusif de sa profession dans l'immeuble.

Cette clause a pour effet d'interdire formellement au propriétaire de louer un local quelconque de son immeuble à une entreprise semblable ou similaire. La seule difficulté consiste à déterminer avec précision le critérium permettant de discerner la similitude de commerce. C'est là une question de fait qu'il appartient au juge de résoudre, dans chaque espèce, en s'inspirant de toutes considérations susceptibles de l'éclairer sur ce point, notamment des usages locaux (1)

---

(1) Cf. les exemples donnés par MM. Boutand et Chabrol, *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, Paris, 1905, p. 481, en note. Il y a similitude de commerce entre une couturière et un tailleur confectionnant des vêtements pour dames (Paris, 20 avril 1889, *Le Droit*, 28 sept. 1889) ; entre un épicier et une société coopérative de consommation vendant de l'épicerie (Trib. civ. Seine, 12 nov. 1889, *Le Droit*, 19 nov. 1889). Il n'y a pas similitude de commerce entre

Quoi qu'il en soit, quand une telle stipulation est expressément insérée dans le bail, le locataire-commerçant lésé par la concurrence d'un commerçant similaire introduit comme locataire dans la maison est en droit d'exiger du bailleur la cessation de ce trouble de jouissance et de le poursuivre en dommages-intérêts, qui peuvent être accordés sous forme de diminution de loyer.

Il n'en est pas de même lorsque au contrat ne figure aucune clause restrictive du droit absolu du propriétaire. Sans doute ce dernier est tenu de procurer à son locataire une jouissance paisible, et d'anciens arrêts en concluaient qu'il y avait obligation, pour le bailleur, de garantir le preneur contre le trouble provenant de l'existence, dans l'immeuble, d'un commerce similaire (1). Mais, depuis plus de soixante ans, la jurisprudence se refuse à sanctionner ce devoir de garantie.

« L'article 1719 du Code Napoléon, déclare la Cour de Paris, en 1862 (2), n'a pour but que de garantir au preneur la paisible jouissance de la chose louée et *non lui assurer l'exercice exclusif de son commerce* en imposant au bailleur l'obligation de le garantir contre toute concurrence ». Et, par deux arrêts (3), l'un de

---

un épicier et un crêmier (Trib. civ. Seine, 7 nov. 1892, *La Loi*, 22 mars 1893) ; entre une couturière et fourreur étendant son industrie à la confection des manteaux (Paris, 13 déc. 1892, *Journ. trib. com.* 1893, p. 483).

(1) Cour de Paris, 10 janv. 1842, Cf. Guillouard, *Traité du contrat de louage*, I, n° 139.

(2) Cf. Paul Bezout, *Des industries similaires, De la concurrence entre locataires d'une même maison*, Paris, 1863.

(3) *D.*, 1868, I, 129.

la chambre civile du 6 novembre 1867, l'autre de la Chambre des Requêtes du 29 janvier 1868, la Cour de Cassation a décidé « que le propriétaire, en louant une partie de sa maison pour l'exercice d'une industrie déterminée, ne s'était pas interdit la facilité de laisser s'établir, dans une autre partie de la même maison, une industrie similaire ».

Auteurs et tribunaux sont presque unanimes à reconnaître au bailleur, en l'absence d'une interdiction conventionnelle, la liberté de louer une autre partie de son immeuble à un commerce similaire (1).

Cette liberté comporte, il est vrai, certaines dérogations. Le propriétaire doit répondre de la concurrence d'un nouveau locataire lorsqu'il s'est rendu coupable de fraude, complice d'un acte de concurrence déloyale (2), ou lorsque la commune intention des parties a été de mettre l'obligation de garantie à la charge du bailleur (3). Il est des circonstances de fait qui facilitent aux juges cette recherche d'intention ; c'est ainsi que le propriétaire s'est évidemment interdit la faculté de louer à un concurrent lorsqu'il avait affecté les locaux à un commerce spécial (4), ou imposé au locataire l'exercice d'une profession déterminée (5).

---

(1) *Nouveau code civil annoté Dalloz*, art. 1719, n° 206, avec les auteurs et arrêts cités.

(2) Cass. 6 nov. 1867, *D.*, 1868, I, 129.

(3) Cass. 8 juillet 1850, *S.*, 1851, I, III ; 29 janvier 1868, *S.*, 1868, I, 116.

(4) Bontand et Chabrol, *op. cit.* n° 470 ; Lyon, 6 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 120.

(5) Lyon, 10 février 1898, *Monit. jud. Lyon*, 20 mai 1898 ; Trib. civ. Seine, 17 juillet 1900, *Le Droit* 30 oct. 1900. Cf. Aubry et Rau, 4e édition, t. IV, § 366, et les nombreux arrêts cités en note.

Mais, en dehors de ces deux cas exceptionnels, qui ne font que confirmer la règle, le bailleur n'est jamais responsable, sauf stipulation contraire, des atteintes portées à la jouissance du preneur par la concurrence de ses colocataires.

Il s'ensuit que le commerçant qui n'a pas veillé à s'assurer, par une convention du bail, l'exercice privatif de sa profession risque de perdre sa clientèle, sans défense ni recours, au bénéfice d'un concurrent nouveau venu auquel le propriétaire consent à louer un local voisin dans le même immeuble.

II. — Le locataire-commerçant et le droit de céder le bail ou de sous-louer (article 1717)

Il est du plus haut intérêt, pour le locataire-commerçant, de pouvoir, en cours de location, céder son bail ou sous-louer (1). Il peut d'abord désirer trans-

(1) Nous n'entreprendrons pas d'examiner ici la distinction classique entre la sous-location et la cession de bail. La seule question qui intéresse directement notre étude est de savoir dans quelle mesure la loi et la volonté des parties garantissent au locataire, et plus particulièrement au locataire-commerçant, le droit de céder son bail ou de sous-louer. Rappelons néanmoins les signes principaux qui différencient ces deux opérations. « Comment les juges, disent MM. Colin et Capilaut (*Cours élém. de dr. civ.*, 1915, t. II, p. 530, 531), sauront-ils s'ils se trouvent en face d'une sous-location ou d'une cession de bail ? C'est là un point remis à leur interprétation souveraine. Citons, parmi les indices de l'intention des parties, ceux qu'on peut tirer du mode de détermination du prix de la cession : en général, un prix versé une fois indique une cession de bail, un prix à verser par annuités, une sous-location. Quant aux différences suivantes qui doivent être signalées entre les deux opérations, elles tiennent toutes à ceci que la cession de bail est une vente, la sous-location un louage. 1° La cession de bail, en tant que cession de créance, est soumise aux formalités de l'article 1690. En revanche, la sous-location est seule soumise aux règles de preuve spéciales

férer isolément son droit au bail, par exemple après liquidation, ou se substituer un sous-locataire. Mais la cession de bail lui apparaît surtout, à juste titre, comme le corollaire indispensable, la condition *sine qua non* de la vente de son fonds.

Étant donné, en effet, l'extrême importance du droit au bail comme élément du fonds de commerce, il fait évidemment partie de la valeur marchande du fonds et l'on ne conçoit point comment ce dernier pourrait être cédé sans la jouissance du local qui en est le support. Le locataire-commerçant ne saurait donc être privé du droit de céder son bail sans se trouver, du même coup, dans l'impossibilité de remettre son fonds.

Or quelle est sa situation légale relativement à la faculté de sous-louer ou de céder le bail et quelle est la valeur des conventions qui délimitent cette faculté ?

Lorsque le contrat ne contient aucune clause à ce sujet, le commerçant est entièrement libre, sans en référer au propriétaire, de céder le bail, avec ou sans vente de son fonds, sous la seule réserve qu'il ne transmet que les droits qu'il avait lui-même et que le

---

des articles 1715 et 1716. 2° En cas de sous-location, les clauses des deux baux peuvent être différentes. En cas de cession de bail, au contraire le cessionnaire ne peut avoir des droits moindres ni plus étendus que ceux du preneur, son cédant. 3° Le privilège de l'article 2102 sur le mobilier qui garnit la maison ou la ferme, appartient au locataire principal, pour assurer le paiement du loyer par le sous-locataire ; il n'appartient pas au contraire au preneur qui a cédé son droit au bail. 4° La cession de bail ne peut porter que sur la totalité de la chose. Au contraire, la sous-location peut être soit totale, soit partielle ». Cf. Esmein, *Cession de bail et sous-location*, Revue trimest. de droit civil, 1924, p. 251.

cessionnaire devra respecter toutes les obligations du bail initial.

Mais la généralité des baux comportent une clause restrictive que le Code prévoit et reconnait valable dans l'article 1717 ainsi conçu : « Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigueur ».

La prohibition absolue de toute cession, assez peu usitée en fait, équivaut à frapper le fonds d'inaliénabilité. C'est au même résultat, contraire à toute justice, qu'aboutit la clause exigeant, pour céder, le consentement « exprès et par écrit » du bailleur, puisqu'elle soumet le droit du preneur à une condition protestative de la part du propriétaire.

Le plus souvent, le bail indique que le locataire ne peut céder son local qu'à des personnes agréées par le bailleur.

Mais comment doivent être interprétées les diverses formules de cette clause restrictive qui ne tend à rien moins qu'à dépouiller le commerçant de la faculté de vendre librement son fonds, soit en la supprimant purement et simplement, soit en en subordonnant l'usage au bon plaisir du propriétaire de l'immeuble ?

L'article 1717 répond de façon catégorique à cette question, et c'est dans un sens nettement préjudiciable aux intérêts du locataire. « Cette clause, dit le troisième alinéa, est toujours de rigueur ». Cela revient d'abord à dire que ce qui n'est pas défendu par le contrat est permis, que l'interdiction de céder

le bail n'entraine pas nécessairement celle de sous-louer, et vice-versa. Cela signifie surtout, déclarent Aubry et Rau, que la clause doit être observée « abstraction faite de toute considération tirée soit d'un prétendu défaut d'intérêt de la part du bailleur d'en exiger l'exécution, soit de l'intérêt majeur que pourrait avoir le preneur d'être dispensé de son observation » (1).

En d'autres termes, les juges ne possèdent, en cette matière, aucune liberté d'appréciation, aucun pouvoir modérateur ; si injustifiée que soit la décision du propriétaire, le locataire qui contrevient à cette loi du contrat encourt la résiliation et même la condamnation à des dommages-intérêts (2).

On aperçoit sans peine les conséquences déplorables, pour le locataire-commerçant, des clauses restrictives ainsi interprétées.

Il est clair que l'interdiction absolue de céder le bail rend impossible la vente du fonds ou la réalisation de son nantissement, et inopérante la loi du 17 mars 1909 dont le but économique était de permettre, au contraire, et de favoriser la circulation de ces richesses que sont les fonds de commerce.

Quant à la clause qui se borne à exiger le consentement du bailleur ou l'agrément, par lui, du nouveau locataire, elle offre, bien que sous une forme moins rigoureuse, les mêmes graves inconvénients.

Il se peut d'abord que le propriétaire rejette sans

---

(1) Req. 2 févr. 1910, *D.*, 1910, I, 141.
(2) Aubry et Rau, 4e édition, t. IV, § 368 et s..

examen toute demande d'autorisation de cession ou refuse invariablement d'agréer les candidats cessionnaires présentés par le preneur. Ce dernier se voit ainsi forcé de renoncer aux espoirs qu'il fondait sur la plus-value de son fonds et sur les bénéfices à retirer de sa vente.

Même en l'absence de cette mauvaise volonté systématique, le veto du bailleur risque d'intervenir lorsque le commerçant a précisément le plus grand intérêt à remettre son fonds, alors, par exemple, qu'une cession exceptionnellement avantageuse lui est proposée. Toujours à la merci du caprice ou de l'entêtement du bailleur, il n'a jamais la certitude de pouvoir profiter des bonnes occasions et vendre son entreprise à un moment favorable. Et si la maladie ou la mort vient à arrêter l'exploitation du fonds, le commerçant ou ses héritiers en sont réduits, s'ils n'ont pas la ressource de le céder, à le liquider à vil prix et à anéantir ainsi toute une richesse péniblement accumulée.

Aussi n'est-il point surprenant que la révision de l'article 1717 soit véhémentement réclamée dans les milieux commerciaux et qu'elle ait fait l'objet de nombreux rapports et propositions de loi.

M. J. Thierry, présentait à la Chambre des députés, le 13 juillet 1908, une proposition de la loi ainsi conçue :

Article unique : « Le troisième paragraphe de l'article 1717 du Code civil est abrogé et remplacé par la disposition suivante :

« Le bailleur peut se réserver la faculté d'agréer ou de refuser la sous-location ou la cession du bail,

mais, pour les locations industrielles ou commerciales, il doit formuler les motifs de son refus.

« Les contestations sur la validité de ces motifs seront soumises aux tribunaux de commerce (1) ».

La Commission de réforme judiciaire et de législation civile, chargée de l'examen de ce texte, lui donna son adhésion, en proposant toutefois de soumettre aux tribunaux compétents, et non aux tribunaux de commerce, les motifs du refus d'autorisation (2).

Sur 89 Chambres de commerce consultées par le ministre du Commerce et de l'Industrie, 74 se déclarèrent favorables au principe de cette réforme qu'approuvèrent également la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France (3), la Conférence générale des présidents des tribunaux de commerce (4) et l'Union de la propriété bâtie de France (5).

Enfin c'est dans le même sens que M. Cordelet, rapporteur d'une proposition visant à modifier la loi du 17 mars 1909, rédigea son article 9 :

Article 9. — En cas de location industrielle ou commerciale, les dispositions de l'article 1717 du Code civil demeurent applicables.

« Toutefois, si le bail stipule que la sous-location ou la cession du bail peut avoir lieu avec le consentement du bailleur ou au profit d'une personne agréée par lui, le bailleur ne peut refuser d'agréer comme sous-

---

(1) *J. O.*, Doc. parlem., Chambre, 1908, annexe 2003, p. 804.
(2) *J. O.*, Doc. parlem., Chambre, 1909, annexe 2369, p. 275.
(3) Congrès national des 5, 6 et 7 octobre 1908.
(4) Rapport annexé au procès-verbal de la séance du 1er juillet 1914, Sénat, 1914, n° 336.
(5) *La France immobilière*, 15 juin 1909.

locataire ou cessionnaire du bail la personne à laquelle le fonds de commerce a été transmis, à moins de motifs graves dont l'appréciation peut être soumise aux tribunaux civils ou aux juges de paix dans les limites de leur compétence ».

En attendant que soit amendé par une modification de ce genre l'article 1717, il dépend des tribunaux de l'appliquer brutalement ou de lui donner une souple et libérale interprétation.

Longtemps ils l'ont pris à la lettre, sacrifiant les intérêts du preneur à la volonté toute-puissante et souvent despotique du bailleur ; quelques décisions, toutefois, au cas où il s'agissait d'une simple réserve d'agréer le nouveau locataire, obligeaient le propriétaire à motiver son refus (1).

Plus soucieuse de l'équité, la jurisprudence récente reconnaît au juge, du moins en matière de bail commercial, le droit d'apprécier souverainement les clauses restrictives de la faculté de sous-louer ou de céder ; les tribunaux peuvent condamner le bailleur qui refuse d'accepter un commerçant cessionnaire présentant toutes garanties de solvabilité et de moralité (2).

Mais, quel que soit l'apaisement procuré par cette nouvelle orientation de la jurisprudence aux légitimes préoccupations des locataires-commerçants, il serait

---

(1) Paris, 6 août 1847, *D.*, 1847, 2, 174.

(2) Paris, 29 janv. 1921, *Gaz. des Trib.*, 1921, 2, 334, Cf. aussi : Tribunal de la Seine, 20 décembre 1923, rapporté dans la *Gazette du Palais* du 1er mars 1924, avec une note résumant l'état de la jurisprudence.

désirable qu'une réforme législative vînt consacrer définitivement le droit, pour le commerçant, de sous-louer ou de céder son bail, considéré avec raison comme un élément constitutif de la valeur vénale de son entreprise.

SECTION II

Situation économique et juridique du locataire-commerçant à l'expiration du bail ; double gravité des conséquences du non-renouvellement du bail commercial.

Si le domicile commercial contribue puissamment à la prospérité du fonds de commerce, c'est parce qu'il lui confère cette fixité sans laquelle la situation du négociant ressemblerait à celle du colporteur ou de la marchande de quatre saisons.

Mais le siège du fonds ne réussit de la sorte à nouer et à consolider les relations commerciales qu'aussi longtemps qu'il se maintient lui-même, sans interruption ni changement, à la même place, que dans la mesure où la durée et la continuité sont garanties à sa propre existence. Tout déplacement d'une maison de commerce exposant son titulaire au danger de perdre une importante fraction de sa clientèle et à l'obligation d'en recruter une autre, au prix de nouveaux efforts et de nouveaux aléas, c'est, pour le commerçant dont les affaires prospèrent, une nécessité majeure de conserver la situation topographique de son entreprise.

Or, si le commerçant jouit sans réserve de cette

féconde stabilité lorsqu'il est propriétaire de son domicile commercial, elle lui fait totalement défaut toutes les fois qu'il n'en est que locataire, car il se trouve alors à la merci, à chaque expiration du bail, d'un refus de relouer de la part de son bailleur. Ainsi le permet l'article 544 du Code civil, que le propriétaire peut invoquer à ce moment en reprenant la libre disposition de son bien. Ainsi le veut l'article 1134, qui donne aux conventions force de loi : le bail ayant été signé pour une durée convenue, le locataire doit, sauf accord contraire, délaisser l'immeuble à l'arrivée de cette échéance ; l'article 1737 l'y oblige d'ailleurs formellement, puisqu'il décide que « le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé ».

Si fâcheuse qu'elle paraisse au locataire-commerçant, l'éventualité du non-renouvellement semble être irrémédiable, puisqu'elle découle des règles du droit commun. Au surplus, le preneur ne peut ignorer cette instabilité inhérente à tout louage de chose ; il doit même la prévoir ; il l'accepte expressément au moment où il signe le bail ; et il lui appartient de prendre toutes précautions utiles afin de réduire au minimum le préjudice qu'elle lui cause, notamment en amortissant son entreprise compte tenu du temps que dure la location et en cherchant à s'assurer la jouissance d'un autre domicile pour le cas où le bail actuel viendrait à ne pas être renouvelé.

De fait, les locataires-commerçants se sont longtemps accommodés, comme tous les autres locataires,

de cet état du droit. Quel est donc le fait nouveau qui le leur rend, depuis le début de ce siècle, si difficilement supportable ?

Ce fait nouveau, c'est le bouleversement de la vie économique.

Si les principes fondamentaux du droit ne changent pas, leur champ d'application est en perpétuel devenir et ils doivent être assez souples pour pouvoir être mis en harmonie avec toutes les étapes de son évolution. C'est cette adaptation qu'ont réalisée, postérieurement au Code civil, des lois supplétives ou modificatives d'un grand nombre de ses articles.

Nous avons déjà manifesté la surprise qu'aucune révision de ce genre n'ait encore fait cadrer les règles générales du contrat de louage avec les besoins particuliers des locataires-commerçants. Mais c'est plus précisément en matière de rupture du bail commercial que cette lacune apparaît profondément regrettable. Par suite, en effet, des modifications survenues dans les phénomènes économiques et sociaux, le refus de relouer du propriétaire risque de ruiner plus ou moins complètement le négoce du locataire sortant.

Cette gravité actuelle des conséquences du non-renouvellement du bail commercial provient principalement de deux causes : d'une part, de la plus-value économique croissante conférée par le locataire-commerçant au siège du fonds de commerce ; d'autre part, de cette crise, d'origine relativement récente, qu'est la pénurie des locaux vacants.

I. — Gravité du non renouvellement en raison de la plus-value économique incorporée par le locataire-commerçant au siège du fonds de commerce.

A) Insuffisance de la protection de la clientèle et de l'achalandage à l'expiration du bail

L'absence, dans le Code civil, d'une réglementation spéciale aux baux commerciaux s'explique aisément par l'importance relativement minime des fonds de commerce à cette époque. Mais, depuis le dix-neuvième siècle, les temps ont évolué : les fonds de commerce se sont développés, en nombre et en puissance, au point de devenir l'une des parties essentielles de la fortune publique (1). Il en résulte que le locataire-commerçant éprouve l'impérieux besoin de ne point changer de domicile, et cela pour deux raisons.

La première est le sacrifice pécuniaire plus ou moins lourd que ce changement lui impose.

C'est pour lui, d'abord, la nécessité de renoncer aux agencements et améliorations qu'il a opérés dans l'immeuble pour les besoins de son négoce. Les magasins modernes, en effet, ne ressemblent plus guère aux modestes boutiques d'autrefois. Organisation toujours plus perfectionnée, aspect sans cesse plus

---

(1) La valeur des fonds de commerce peut être évaluée, depuis la guerre, à la somme approximative de 100 milliards. En 1921, le prix global des ventes de fonds de commerce s'est élevé, en France, à 2.180 360.000 francs, dont 950 millions pour Paris (cf. *Revue politique des idées et des institutions*, 15 avril 1925, p. 262 et p. 279, note 1).

attrayant et accueillant, grâce à l'éclat des enseignes, à la somptuosité des étalages, à la féerie des lumières, voilà ce qui caractérise aujourd'hui leur physionomie. Tous, en un mot, rivalisent de confort et d'ostentation pour satisfaire aux exigences croissantes de la concurrence et de la publicité.

Or ce luxe n'est pas seulement fait du travail et de l'ingéniosité du commerçant ; il représente une somme d'argent, souvent importante, qu'il a investie dans l'entreprise. En abandonnant le siège de son exploitation il s'appauvrirait de ce capital qu'il y a incorporé et devrait, en outre, se résoudre à une mise de fonds analogue dans son nouveau local.

Force lui est surtout, en cas de transfert du domicile, d'abandonner une richesse beaucoup plus précieuse encore : la clientèle que son activité personnelle avait rassemblée autour de l'immeuble et qui ne le suit pas dans son déplacement. Il lui faut alors se remettre entièrement à l'œuvre pour achalander sa nouvelle boutique ; et cette perte de la première clientèle est plus ou moins complète, selon qu'il réussit ou non à se rétablir à proximité de son ancien local.

Aussi le locataire-commerçant tient-il à ne pas être expulsé à fin de bail. Et il y tient d'autant plus ardemment que la valeur économique (agencements matériels et achalandage) dont le prive son éviction risque non seulement d'être anéantie en pure perte, mais de profiter à d'autres et d'être utilisée contre ses intérêts.

Le propriétaire est libre en effet de continuer la

même exploitation à son compte, dans le local devenu vacant, ou de le louer à un commerce similaire. Il recueille alors, directement ou indirectement, les fruits du travail du locataire évincé.

Il hérite, d'abord, généralement des embellissements faits dans l'immeuble, puisqu'il a la faculté ou d'exiger leur enlèvement ou de les retenir.

Mais le principal avantage qui lui échoit réside dans l'achalandage qui reste attaché à l'immeuble après le départ du locataire-commerçant.

Le bailleur en profite sous la forme d'une plus-value locative certaine lorsqu'il loue le local à un concurrent du commerçant évincé. Et s'il y exerce lui-même, effectivement ou par l'intermédiaire d'un tiers, un commerce identique ou similaire à celui de son ex-locataire, il bénéficie, sans effort ni dépense, des résultats du labeur de ce dernier.

Ainsi, il dépend du propriétaire de décider, à l'expiration du bail, du sort de cette richesse péniblement édifiée qu'est l'achalandage du locataire sortant.

B) Abus commis, en fait, par certains propriétaires ou des tiers commerçants relativement à la clientèle et à l'achalandage attachés à l'immeuble par le locataire sortant.

Pratiquement, ces pertes ou spoliations de clientèle ne sont pas à craindre tant que, respectueux de l'équité, les propriétaires n'abusent pas du redoutable pouvoir dont le droit strict les arme, à l'expiration des baux, à l'encontre de leurs locataires-commerçants.

Longtemps il en fut ainsi. On doit convenir que, jusqu'au début de ces vingt dernières années, les bailleurs s'efforçaient presque toujours, par une loyale conciliation des intérêts légitimes en présence, d'épargner à leurs locataires-commerçants la pénible éventualité du non-renouvellement, de ne point l'aggraver, en tout cas, par d'inopportunes intransigeances ou de louches spéculations.

Habitant ou gérant lui-même son immeuble, le propriétaire entretenait avec chacun des occupants des rapports de bonne entente, voire de cordialité. Heureux d'abriter un commerce, il s'employait à en favoriser la prospérité, y contribuant parfois de ses propres deniers. Le bail terminé, il se considérait comme moralement obligé de le renouveler au locataire qui avait consciensement exécuté ses obligations ; il le faisait généralement à des conditions acceptables pour les deux parties, ayant soin de ne pas imposer au preneur une augmentation excessive et se contentant d'un revenu raisonnable.

Cette sage modération des bailleurs s'inspirait, il est vrai, de leur intérêt bien compris. Il leur eût été difficile, en effet, en raison du grand nombre de locaux disponibles sur le marché, d'élever au delà d'un certain niveau le prix des locations et d'imposer à leurs cocontractants des conditions exagérées. A la différence des époques de déséquilibre et de perturbation, les périodes de calme et de stabilité économiques sont favorables à la loyauté des relations sociales.

Quoi qu'il en soit, l'expiration du bail n'était point

comme aujourd'hui, un cap périlleux à franchir pour le locataire-commerçant ; ce dernier avait la conviction, toujours fortifiée par les faits, qu'il serait préféré, pour relouer, à tout autre candidat et la certitude, par suite, de conserver l'intégralité des fruits de son labeur.

Dans cette atmosphère de mutuelle confiance, d'égale et libre discussion, l'article 1737, qui donne au propriétaire la faculté d'évincer le preneur à fin de bail, ne soulevait ni difficulté ni protestation, le bailleur n'exerçant jamais, du moins sans raison grave et avouable, ce droit de brutale expulsion qu'il tient de la loi.

Cet âge d'or des locataires-commerçants ne devait pas être immuable ; les rapports sociaux évoluent et ce n'est pas toujours dans le sens du progrès. Un moment vint où à cette précieuse sécurité succéda, pour le commerce, une existence précaire et fragile.

Après avoir longtemps considéré comme purement protocolaire la clause qui prévoit la durée de la location, les bailleurs, voyant tout l'avantage qu'ils en pouvaient tirer, se mirent à l'invoquer sans ménagement, soit pour évincer le preneur au profit d'un concurrent mieux payant, soit pour ne consentir au renouvellement qu'au prix de conditions léonines.

Le moment de l'expiration du bail, jusqu'alors attendu avec sérénité par le preneur, est devenu ainsi peu à peu l'occasion, pour certains propriétaires, d'exploiter et de rendre intolérable, par des agissements malhonnêtes, la situation déjà difficile des locataires-commerçants.

Ces abus revêtent les formes les plus variées, mais on peut les ramener à quelques types essentiels.

L'hypothèse la plus fréquente et la plus simple est celle où, le bail terminé, le propriétaire propose à son locataire de lui relouer, mais à des conditions manifestement exorbitantes. Spéculant sur le besoin qu'éprouve le commerçant de conserver le siège de son entreprise, il en fixe le loyer à un prix hors de proportion avec la valeur du local et exige même, en outre, bien souvent, la remise de la main à la main de ces véritables suppléments de prix que sont les paiements occultes vulgairement appelés « pots de vin ».

Le preneur se trouve alors réduit à la dure alternative ou de passer par les fourches caudines du propriétaire, ou de transporter son négoce dans un autre domicile et de perdre ainsi tout le produit de ses patients efforts.

Ce premier abus, si choquant soit-il, est pourtant le plus bénin car, en s'adressant à son locataire pour lui faire de nouvelles propositions, le bailleur lui témoigne un certain intérêt, puisqu'il le préfère, en principe, à tout autre aspirant au bail. Mais, souvent, ce geste de courtoisie élémentaire n'existe même pas. Prévoyant que son locataire n'a pas les moyens de souscrire à ses exigences draconiennes, le propriétaire ne s'attarde pas à les faire connaître. Il met, pour ainsi dire, la location aux enchères et traite directement avec celui qui accepte la plus importante augmentation de loyer ou offre le plus

royal pot de vin. Comme il est toujours tentant de moissonner à bon compte ce que d'autres ont semé, nombreux sont les candidats, en particulier les commerçants concurrents, prêts à réaliser une affaire aussi avantageuse ; n'ayant, pour cette opération, ni capitaux à engager ni risques à courir, ils n'hésitent pas à payer à prix d'or un loyer qui leur vaut par ailleurs de supplanter dans son négoce le locataire sortant.

Et le malheureux commerçant dont le seul tort est d'être parvenu à la fin de son bail se trouve dépouillé, sans indemnité ni recours, au profit du premier venu qui réussit à séduire la cupidité du bailleur.

Dans le « Parlement commercial » du 1er novembre 1913, M. Surville de Balzac cite un fait particulièrement révoltant de collusion entre le propriétaire et un concurrent du preneur. « Le propriétaire avait annoncé au commerçant qu'il ne renouvellerait le bail que moyennant une augmentation annuelle de 3.000 francs. Le commerçant qui, d'après les clauses du bail venant à expiration, payait un loyer annuel de 2.000 francs, trouvait exagérée l'augmentation exigée par le propriétaire. Il ne se décida pas immédiatement à signer le bail. Mais son fonds de commerce valait 100.000 francs. Sa femme lui fit remarquer qu'aucune boutique n'était libre dans la rue où il exerçait son commerce. De plus, on courait un danger en quittant, même pour une boutique voisine, celle qu'on occupait. Elle l'engagea à accepter les propositions du propriétaire.

« Le premier commis avait entendu cette conver-

sation. Il sut ainsi que le bail n'était pas renouvelé et quelles étaient les prétentions du propriétaire. Il disposait d'une somme d'argent. Il sonna à la porte du propriétaire et offrit de donner pour la boutique 5.500 francs par an, une année payée d'avance, à condition que, les paroles échangées, le bail fût signé. Le jour même, il versait l'argent. Quand, le lendemain, le commerçant vint dire à son propriétaire qu'il acceptait de renouveler le bail, il apprit que son premier commis avait fait l'affaire pour son compte, s'adjugeant ainsi un fonds de commerce qui valait 100.000 francs ». Comme le dit M. Levasseur, rapporteur de la proposition de la Chambre, « si l'on s'imagine... la situation du commerçant qui n'a pu obtenir le renouvellement de son bail et qui, après son départ, voit des successeurs dans cette maison qu'il a fondée, dont il a établi par son travail et sa persévérance la prospérité, dont un étranger jouit maintenant à si bon compte, on ne peut se défendre de juger qu'il y a là, malgré le droit, quelque chose de profondément injuste.

« Le commerçant évincé qui, mêlé dans la foule, regarde maintenant la clientèle entrer chez son successeur, dans cette boutique dont il a mis des années à constituer la clientèle, ce commerçant qui voit son œuvre continuer sans lui, l'œuvre dont il a subi les mauvaises années et dont les bonnes années commençaient à peine, le commerçant évincé qui regarde le fruit de ses travaux faire la prospérité de ce successeur habile à le supplanter, peut se dire que cet homme qui fut habile n'est souvent pas si digne ni

loyal. Il peut se dire que s'il en est ainsi, c'est évidemment en vertu du droit, mais que ce n'est certainement pas en vertu de la justice » (1).

Il arrive aussi que, le bail expiré, le propriétaire reprend purement et simplement possession de la boutique pour y exercer la même profession que son ex-locataire. Profitant d'une installation toute faite et d'un courant d'affaires en plein essor, retenant sans peine une clientèle qu'il n'a rien fait pour recruter, il s'approprie, sans bourse délier, un fonds qui était l'œuvre et le gagne-pain du commerçant si déloyalement évincé.

Nous empruntons encore à M. Surville de Balzac un exemple typique de ce genre d'abus. « Un épicier ayant amassé une petite fortune devint propriétaire de l'immeuble dont son épicerie occupait la boutique. Fatigué, il parlait de se retirer et céda l'épicerie à son premier commis auquel il consentit un bail de neuf ans. Le commis, devenu patron épicier, employa ces neuf années à améliorer le fonds de commerce qui, sous l'impulsion qu'il lui donna, prospéra dans des conditions impressionnantes. Durant ce temps, l'ancien épicier, devenu propriétaire de l'immeuble, avait marié sa fille à un quidam dont la situation était quelconque. Il songea que cette épicerie qui prospérait d'une façon inespérée ferait admirablement l'affaire de son gendre. Lorsque son ancien commis, à qui il avait cédé le fonds, vint le trouver pour lui demander au bout de six ans une

(1) Doc. parl. Chambre, 1918, nº 5100, p. 23, 24.

prolongation de bail, il lui répondit de continuer à travailler et de ne s'occuper de rien. Tout irait bien. Entre ancien patron et commis on s'entendrait toujours. Puis, à l'expiration du bail, le propriétaire refusa net toute prolongation et l'épicier qui avait rendu le fonds prospère ayant dû quitter les lieux, le gendre du propriétaire s'installa épicier dans la boutique bien achalandée » (1).

On voit enfin, mais plus rarement, des propriétaires refuser catégoriquement, par vengeance ou simple caprice, de relouer à leurs locataires. C'est le cas de ce pharmacien qui nourrissait une haine profonde contre un de ses confrères. Il lui promit qu'à la première occasion il ne manquerait pas de se venger. Cette occasion se présenta. La propriété dans laquelle le pharmacien commerçait fut mise en vente après décès. Le confrère riche acheta la propriété, et à quelque temps de là refusa net tout renouvellement du bail à son confrère qui, de ce fait, fut ruiné, tout son avoir se trouvant dans son commerce (2).

Toute cette gamme d'injustices et de vexations se trouve d'ailleurs singulièrement favorisée par un fait nouveau qui s'est produit dans les grands centres, notamment à Paris. Le locataire ne connaît plus personnellement son propriétaire ; celui-ci abandonne l'exploitation de sa maison à un homme d'affaires

---

(1) Parlement commercial, 1er novembre 1913.

(2) Rapport de la commission nommée par MM. les présidents et délégués des associations syndicales groupées sur l'initiative de la « Fédération des commerçants détaillants de France », 22, rue du Château-d'Eau, Paris.

dont l'intérêt et la seule préoccupation sont de faire « suer » à l'immeuble tout ce qu'il peut donner. Ce sont notamment ces gérants qui, non contents d'augmenter systématiquement le prix des loyers, ont généralisé l'usage des pots de vin et des pas de porte, sources de marchandages et de trafics plus ou moins louches dont sont victimes tant de commerçants, pris ainsi entre l'enclume et le marteau.

Les abus signalés sont-ils nombreux ?

A en croire certains défenseurs du commerce, les excès commis par les propriétaires tendraient à devenir la règle générale. De semblables allégations sont évidemment contraires à la vérité comme à la vraisemblance.

Et d'abord, parmi les griefs formulés contre les bailleurs il importe de n'envisager que les faits constituant réellement des abus. C'est ainsi qu'on a tendance à reprocher aux propriétaires, comme une faute grave, tout accroissement du chiffre des loyers. Qu'il y ait çà et là, en cette matière, des actes répréhensibles, c'est malheureusement certain ; mais, mis à part quelques cas exceptionnels revêtant nettement des caractères dolosifs, il ne faut pas oublier que l'élévation du prix des loyers suit l'élévation générale du coût de la vie et se justifie par elle. Le marchand de chaussures qui se plaint de subir, au renouvellement du bail, une majoration de loyer n'a-t-il pas vu le prix des cuirs monter sans cesse pendant vingt ans que son bail est resté au même prix ? Et lui-même n'a-t-il pas augmenté le prix de vente de ses chaussures, au fur et à mesure du renchérisse-

ment de la matière première et des marchandises fabriquées ?

Laissons donc de côté tous les cas cités qui ne relèvent que de la vie chère et du libre jeu de la loi de l'offre et de la demande, et ne retenons comme abus que ceux consistant dans l'éviction du locataire-commerçant au profit du bailleur ou d'un nouveau preneur.

Ces abus eux-mêmes sont-ils aussi fréquents qu'on veut bien le dire ? Là encore il faut faire la part de l'exagération, ou plutôt de ce travers bien français qui s'appelle la généralisation. De ce qu'un négociant n'a pas donné le poids voulu s'ensuit-il que tous les négociants soient des fraudeurs ? C'est pourtant en se fondant sur les procédés blâmables de certains bailleurs peu scrupuleux que d'aucuns accusent tous les propriétaires d'être des exploiteurs ; et c'est cette légende facilement accréditée qui, attisant la haine des commerçants contre la propriété bâtie, tend à donner à un simple conflit de droits la physionomie d'une véritable lutte de classes.

Il convient donc de ne pas dramatiser pour les besoins de la cause une question dont l'importance est sans doute capitale, mais qui demande, pour être résolue équitablement, à être étudiée avec le maximum d'objectivité et de sincérité.

Au reste il importe peu que les abus soient plus ou moins nombreux ; il suffit qu'il s'en soit produit, qu'il puisse encore s'en produire pour qu'apparaisse opportune et désirable une réforme permettant de les prévenir ou de les réprimer.

II. — Aggravation du non-renouvellement, depuis la guerre, en raison de la pénurie des locaux à usage commercial

En temps ordinaire, lorsque l'abondance des locaux vacants permet le jeu régulier de la loi de l'offre et de la demande, le préjudice causé au preneur commerçant par la non-relocation est sinon négligeable, du moins restreint, puisqu'il conserve la ressource de s'installer ailleurs, dans le même quartier ou dans un périmètre plus ou moins proche, d'y rallier une partie de son ancienne clientèle et d'en reconstituer une nouvelle, en remplacement de celle que son changement de domicile lui fait perdre.

Si cet aléa normal du non-renouvellement est jugé particulièrement intolérable, à l'heure actuelle, par les commerçants, c'est en raison de ce phénomène économique d'ordre très général qui s'appelle la raréfaction des locaux disponibles.

La crise du logement existait déjà avant 1914 ; elle était imputable à des causes nettement connues, notamment à la désertion des campagnes au profit des villes, à la congestion de la population dans certains centres urbains et au ralentissement de la construction (1). Mais les hostilités ont donné à cette crise une importance et une acuité imprévues.

---

(1) « De 1866 jusqu'en 1910, on assiste à un ralentissement régulier de la construction. On bâtit sans doute plus qu'on ne démolit, mais le nombre des nouveaux locaux d'habitation n'est pas en rapport avec l'accroissement toujours constant de la population... En onze années, de 1899 à 1910, Paris était passé de 42.571 logements vacants à 10.795. » (Discours de M. Dausset au Sénat ; séance du 28 février 1922).

Aujourd'hui la pénurie des locaux vacants provient manifestement de quelques causes profondes dont les unes ont été créées et les autres seulement aggravées par les troubles économiques nés de la guerre et de l'après-guerre.

La guerre a eu pour effet d'entraîner, pendant toute sa durée, non seulement la destruction d'une multitude d'immeubles mais l'arrêt presque complet de la construction, et ce double événement suffirait à expliquer la raréfaction des locaux disponibles. Parmi ces derniers, au surplus, beaucoup ont été retirés du marché pour être affectés à diverses destinations : à l'abri des populations refluant des régions envahies, à l'installation de services et administrations d'État etc... Nombreux, enfin, sont ceux qui se trouvèrent et demeurent bloqués du fait de la législation exceptionnelle née de la guerre, dont la conséquence fut d'immobiliser une notable partie des locataires dans les lieux loués.

Cette crise aiguë du logement aurait pu, néanmoins, n'être que momentanée si, au lendemain de la guerre un vaste effort de construction avait été entrepris, avec l'aide et l'encouragement des pouvoirs publics. On doit malheureusement constater, sinon l'absence totale d'un tel effort, du moins son état encore embryonnaire, sa lenteur, sa disproportion en regard de l'immensité des besoins qui le sollicitent ; et on ne peut expliquer ce fait qu'à la lumière des deux considérations suivantes.

D'une part, les ouvriers du bâtiment deviennent plus rares. Outre que 400.000 d'entre eux sont morts

pour la patrie (1), beaucoup renoncent, après un long chômage, à reprendre le métier ; et bien des travailleurs préfèrent désormais un emploi assuré à celui qu'offre cette industrie saisonnière.

D'autre part, la construction ne constitue plus, en règle générale, un placement recherché, par suite de l'écart trop grand qui existe entre son coût et le revenu qu'on peut en tirer. Étant donné, en effet, les charges sans cesse plus lourdes de la construction (impôts, main d'œuvre, matériaux, transports, journée de huit heures), les prix des locations d'avant-guerre devraient être au moins quadruplés pour qu'un bénéfice normal puisse être retiré des maisons de rapport. Aussi les capitalistes se désaffectionnent-ils de ce mode de placement ; conservant leurs immeubles, par prudence, disposés parfois à acquérir ceux qui sont en vente, ils acceptent difficilement le risque d'en édifier de nouveaux. Et tout porte à croire que cette crise de confiance se prolongera tant que le nivellement ne sera pas réalisé entre le coût de la propriété bâtie et celui de la propriété à bâtir.

L'enchérissement des locaux est la conséquence fatale de leur raréfaction. Il s'exaspère encore sous l'influence de ce facteur économique redoutable qui s'appelle le change. Si tant d'étrangers se fixent aujourd'hui en France, c'est que, grâce à la dépréciation de notre devise nationale, ils peuvent y vivre à bon marché et y louer au prix fort les habitations

(1) Ce renseignement est tiré d'une étude de M. Georges Risler : *La Crise du logement*, Bibliothèque du Musée social, chez Plon-Nourrit.

qu'ils occupent, ce qui contribue à précipiter l'élévation, déjà si importante, du cours moyen des loyers.

Cette hausse atteint un degré particulièrement intense dans certaines artères ; c'est la conséquence soit de la concentration de l'activité commerciale dans telle ou telle région, soit du déplacement de la population qui abandonne les vieux quartiers pour se porter vers les gares et les agglomérations neuves. Il est des rues qui deviennent, de ce fait, plus passantes que les autres et, partant, plus commerçantes ; tout le monde veut s'y installer et, en vertu de la loi de l'offre et de la demande, de la demande qui va au devant de l'offre, les loyers y augmentent en d'énormes proportions.

On devine alors la situation terriblement critique du locataire-commerçant dont le bail n'est pas renouvelé. Il ne s'agit pas seulement, pour lui, du dommage causé par le transfert de son fonds et de la clientèle perdue. Il se trouve menacé d'un danger autrement grave, celui de ne pouvoir continuer son commerce, soit en raison de l'impossibilité de trouver un nouveau local approprié, ou même un local quelconque, soit en raison des loyers prohibitifs réclamés par les propriétaires de locaux susceptibles de lui convenir.

Un tel péril n'existe guère, évidemment, à l'égard des commerçants qui disposent de puissantes ressources financières. Le développement continuel des grands magasins et établissements à succursales multiples en est la preuve. Rien ne coûte à ces riches sociétés pour s'implanter où elles le veulent ; ne recu-

lant devant aucun sacrifice, elles accaparent, en les achetant ou en les louant à prix d'or, les immeubles vacants : tantôt elles acquièrent d'immenses pâtés de maisons pour y édifier de somptueux palais ; tantôt elles obtiennent, à l'aide de fortes surenchères, la location de magasins occupés jusqu'alors par le commerce de détail ; et, en l'absence d'immeubles à louer ou à acheter, elles n'hésitent pas à en construire pour leur usage, étant en mesure de faire face aux dépenses nécessitées par ces constructions. Loin d'avoir prise sur elles, la pénurie des locaux leur donne ainsi l'occasion de faire une concurrence féroce aux petits et moyens commerçants.

Faut-il s'étonner qu'un semblable bouleversement de la vie économique ait développé encore l'esprit de lucre et de spéculation chez ceux qui, dans la discussion des baux à loyer, faisaient plus que jamais la loi du contrat ? Sollicités de toutes parts par des offres excessives, grisés par des possibilités de profit imprévues, en proie à cette fièvre de gain que connaissent les époques de crise, certains propriétaires n'ont point résisté à la tentation de s'enrichir au prix de l'appauvrissement, parfois même de la ruine de leurs locataires.

En détruisant complètement, au bénéfice des bailleurs d'immeubles, l'équilibre de l'offre et de la demande, en les investissant de plus en plus d'un véritable monopole de fait, la crise du logement n'a fait qu'enhardir leur cupidité et multiplier les abus commis par eux au détriment des locataires-commerçants.

CHAPITRE IV

Evolution des revendications des locataires-commerçants ; Position du problème de la « propriété commerciale » Attitude des propriétaires à l'égard des revendications commerciales

---

SECTION I

Evolution des revendications des locataires-commerçants ; double aspect du problème de la propriété commerciale.

Il résulte clairement de tout ce qui précède que l'application intégrale au bail commercial des règles traditionnelles du contrat de louage aboutit, de nos jours, à des conséquences contraires à l'équité ; car, si les abus dont se plaignent les locataires-commerçants doivent leur fréquence et leur gravité à l'évolution des conditions économiques et sociales, il n'en reste pas moins vrai que c'est la loi qui les permet, puisqu'ils sont commis à la faveur et à l'abri de la légalité.

C'est donc à la loi qu'il faut demander les réformes nécessaires. Telle est, du moins, l'opinion presque unanime des commerçants (1). C'est au législateur que, dans leur impuissance à se défendre eux-mêmes, ils n'ont cessé d'exprimer leurs doléances et leurs protestations ; c'est de son intervention qu'ils attendent la protection définitive de leurs légitimes intérêts menacés.

Mais quel est exactement le cahier de leurs revendications ?

En dehors de quelques vœux relatifs à la modification de l'article 1717 du Code civil (2), les milieux commerciaux se sont peu émus et rarement préoccupés de l'imperfection du statut légal du locataire-commerçant pendant la durée de son bail.

Tous leurs efforts se sont employés à dénoncer les

---

(1) Cf. Lauche, Débats Chambre, 1914, séance du 25 février : « Tous (les commerçants) sont unanimes, sinon dans les modalités, du moins dans le principe, à savoir que la loi doit intervention, que son intervention est indispensable ». — Toutefois, certains groupements commerciaux se sont déclarés hostiles à toute réforme législative. C'est ainsi que l'Union du Commerce de Rennes a émis, par la voix de son trésorier, M. Alexandre, le vœu « que nos groupements commerciaux renoncent, pour l'instant du moins, à recourir à un législateur pour régler les conflits qui se produisent souvent entre propriétaires et locataires à l'occasion du renouvellement des baux des maisons. Et qu'ils s'entendent avec les représentants des syndicats de propriétaires pour constituer une commission mixte qui aurait pour mission d'étudier et d'arrêter les termes d'une clause spéciale à insérer dans les baux des magasins pour prévenir ces conflits ». (*Bulletin officiel de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France*, compte rendu du Deuxième Congrès National, Paris, 1914.)

(2) Cf. les vœux émis au Congrès de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France, en octobre 1908, et au Congrès de la Fédération des commerçants-détaillants de France, le 17 mars 1911.

abus, plus irritants, il est vrai, et plus manifestement iniques, qui menacent le commerçant à l'expiration de son bail. Mais la réforme proposée par eux pour y remédier n'a pas toujours présenté le même caractère.

Une remarquable évolution s'est produite, en effet, dans l'attitude des commerçants et de leurs défenseurs à l'égard de la question du renouvellement des baux commerciaux, et cette évolution domine, comme nous le verrons, tout le problème de la « propriété commerciale ». Jusqu'en 1914, ce qu'ils veulent exclusivement c'est la protection de la clientèle, à l'expiration du bail, contre les spéculations du propriétaire ou des commerçants concurrents ; le but auquel ils tendent depuis la guerre, en raison de la pénurie des locaux, c'est le maintien en possession des lieux loués.

Il est indispensable d'exposer séparément ces deux aspects irréductibles, ces deux phases successives mais nettement distinctes des revendications commerciales.

I. — Objet primitif et fondamenfal des revendications commerciales ; protection de la clientèle en fin de bail.

Ebauchées pour la première fois, en 1904, au Congrès des groupes commerciaux de France (1), formulées et systématisées avec une vigueur et une précision croissantes dans les innombrables manifestations corporatives qui suivirent, vulgarisées par toute une floraison d'articles et de polémiques de

(1) C'est, du moins, ce que nous apprend M. E. David, dans son rapport présenté à la chambre de commerce de Marseille, les 23 décembre 1913 et 17 février 1914.

presse, les revendications relatives au renouvellement des baux commerciaux n'ont cessé, jusqu'en 1914, d'avoir pour objet nettement délimité la défense du locataire-commerçant contre les spoliations de clientèle auxquelles l'exposent, à l'expiration du bail, le refus de relouer du bailleur et l'installation d'un commerce similaire dans le local.

Pour assigner à ce mouvement de protestation un programme plus positif et en faire apparaître de façon plus indiscutable le bien fondé, les commercants l'ont présenté, dès le début, comme une campagne en faveur de leur légitime « propriété commerciale ». C'est au nom de cette propriété commerciale qu'ils flétrissent les abus des propriétaires ; c'est elle qu'ils estiment compromise par de semblables agissements ; c'est son respect qu'ils entendent imposer aux bailleurs et sa consécration légale qu'ils veulent obtenir du pouvoir législatif.

Quelle est donc cette propriété commerciale dont ils réclament si impérieusement la protection ?

Ce n'est pas la propriété du fonds de commerce envisagé comme une universalité de droit ou de fait, cette propriété ayant été définitivement reconnue et garantie par la loi du 17 mars 1909. Il n'est question que d'une fraction de ce vaste patrimoine, ou plus exactement d'une richesse dont l'équité semble exiger le rattachement à ce patrimoine et sur laquelle le commerçant n'a pas encore obtenu de la loi les droits qu'il revendique. Il s'agit de la valeur économique incorporée par le locataire-commerçant à l'immeuble où est installé son fonds.

Dans la mesure où l'immeuble loué commercialement est devenu, grâce à l'activité du titulaire du fonds, un instrument de travail et une source de bénéfice, il fait, pour ainsi dire, partie intégrante du fonds lui-même, à ce point que le commerçant a l'impression d'être exproprié lorsqu'il se trouve évincé à la fin du bail. Mais il se rend bien compte qu'en dépit des qualités nouvelles dont il l'a enrichi l'immeuble n'était occupé par lui qu'à titre de jouissance temporaire, et qu'il doit le délaisser dès que le contrat de louage prend fin.

Ce dont il se déclare injustement dépouillé par le fait de la non-relocation, ce n'est pas de l'immeuble lui-même, considéré comme signe de ralliement de la clientèle, mais de la clientèle qui reste ralliée à ce signe et de la plus-value qu'elle lui procure.

Cette clientèle qui demeure liée au siège du fonds de commerce, même après le départ de son titulaire, cette plus-value qui en résulte pour l'immeuble, c'est là précisément ce que le locataire-commerçant revendique comme son œuvre et, par conséquent, sa propriété ; c'est ce qu'il appelle sa « propriété commerciale ».

Les commerçants prétendent, en d'autres termes, que le seul fait d'exercer un commerce dans un immeuble y incorpore indissolublement une partie de la clientèle du fonds, que cette clientèle constitue dès lors une valeur nouvelle, une sorte de propriété immatérielle, morale, existant à l'abri de la propriété immobilière.

Ils constatent qu'en fait cette propriété, fondée

sur l'équité, n'est respectée, le plus souvent, ni par le bailleur ni par le nouveau locataire. Le bailleur l'annihile, en effet, s'il s'oppose à tout renouvellement du bail. S'il continue le commerce à son compte, il la confisque à son profit et reprend ainsi quelque chose qui n'est pas à lui. Si, enfin, il reloue à un commerçant similaire, ce dernier s'enrichit indûment de l'achalandage de son prédécesseur ; et si le nouveau bail est fixé à un prix élevé, en considération de la plus-value acquise par les locaux, le propriétaire vend en réalité une richesse qui ne lui appartient pas, puisqu'elle est l'œuvre personnelle du commerçant évincé, l'un des éléments essentiels de son entreprise.

Les commerçants ne contestent point que le propriétaire peut avoir des raisons légitimes de refuser le renouvellement du bail, mais ils soutiennent qu'en de nombreux cas ce refus intervient sans motif, ou sans motif avouable, et ils signalent tous les chantages éhontés dont il s'accompagne.

Ces abus, enfin, leur paraissent d'autant plus inadmissibles qu'ils sont commis sous le couvert de la loi et jouissent d'une scandaleuse impunité.

Ainsi s'explique le but primitif et fondamental poursuivi par les commerçants, dans leur campagne en faveur de la propriété commerciale. Tous sont unanimes à réclamer, sous ce nom, la protection légale de la clientèle des locataires-commerçants à l'expiration de leurs baux. Le 10 novembre 1913, à l'issue d'un imposant meeting qui eut lieu au Trocadéro, sous la présidence de MM. Puech et Guist'hau, anciens ministres, et où étaient représentés soixante-six

groupements corporatifs parisiens, dix mille manifestants exprimèrent leur volonté de faire triompher cette revendication, en acclamant l'ordre du jour suivant :

« Les commerçants, adhérents de soixante-six groupements corporatifs parisiens, et les délégués représentant les principales organisations de province, réunis dans un même élan de solidarité pour la défense de la propriété commerciale, affirment leur cohésion, désormais absolue, pour faire aboutir cette si juste, si impérieuse revendication.

« Considérant que, sans vouloir porter atteinte aux droits imprescriptibles d'autrui, cette réforme s'impose pour faire cesser certains abus.

« Considérant qu'on ne saurait tolérer plus longtemps qu'un commerçant, après une vie de travail et de labeur incessants, soit dépouillé de la valeur de son fonds par suite du non-renouvellement du bail.

« Félicitent les présidents et bureaux des 66 groupements, organisateurs de cette manifestation ; leur adressent tous leurs encouragements pour continuer avec persévérance l'œuvre entreprise, et émettent le vœu que la propriété commerciale soit reconnue au même titre que la propriété civile avec toutes ses conséquences de droit ».

Par contre, l'accord ne s'est jamais pleinement établi entre les associations de commerçants quant aux moyens proposés au législateur pour la réalisation de cette réforme.

Les uns proposent qu'il soit fait défense au propriétaire, du moins pendant un certain délai, de

relouer pour un commerce similaire, ou qu'il soit tenu d'indemniser le commerçant évincé de l'enrichissement réalisé à ses dépens. Ces conclusions ont été formulées notamment au Congrès de la petite industrie et du petit commerce, organisé à Marseille en 1906, et, en 1912, au Congrès de la Fédération des commerçants-détaillants de France.

Les autres estiment que la propriété commerciale a surtout besoin d'être défendue contre la concurrence déloyale d'un commerce similaire succédant, dans l'immeuble, à celui du locataire sortant, que ce commerce soit exercé par le locataire entrant ou par le propriétaire lui-même. Le nouvel occupant doit être astreint à réparer les conséquences de l'éviction de son devancier, toutes les fois qu'il en est le véritable bénéficiaire.

Cette thèse fut brillamment soutenue par le « Comité de défense de la propriété commerciale et industrielle » (1).

Il en est enfin qui demandent à la loi de rendre, dans certains cas, le propriétaire et le nouveau locataire solidairement responsables du préjudice causé à la clientèle du preneur sortant. Ce système a été proposé à l'Association du Parlement commercial par M. Javelle, vice-président, et au douzième Congrès de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France par M. Vaquin, rapporteur.

Voilà, brièvement décrit, l'aspect que présentent

---

(1) Rapport de Me Henri Bernard, avocat à la Cour d'appel de Paris, au Comité de défense de la propriété commerciale et industrielle. Imprimerie Chatelain, Paris, p. 16 et 17.

invariablement, jusqu'en 1914, les revendications des locataires-commerçants. Ce qui les préoccupe, c'est uniquement le sort de l'achalandage qu'ils ont, en quelque sorte, enchaîné au siège de leur exploitation et dont ils peuvent être spoliés, sans aucune compensation, par le seul fait du non-renouvellement du bail. Les diverses réformes qu'ils préconisent n'ont pour but que d'éviter ce préjudice (interdiction de relouer à un commerce similaire, délai de préavis permettant au bailleur et au preneur de se faire mutuellement connaître à l'avance leurs intentions, etc...), ou d'en obtenir la réparation (dommages-intérêts accordés au locataire évincé à l'encontre du propriétaire ou du locataire entrant).

Ils ne réclament pas autre chose.

Si, pour résumer en une formule synthétique tous leurs vœux à ce sujet, ils exigent la reconnaissance et la sauvegarde de la propriété commerciale, ils entendent simplement par là que leur propriété commerciale ne sera intégralement reconnue et efficacement protégée que le jour où elle s'étendra au seul élément de cette propriété qui soit encore dépourvu de protection légale, c'est-à-dire à la plus-value conférée aux lieux loués par la clientèle et l'achalandage qu'ils y ont créés.

On peut donc dire que, dépouillé de ses aspects accessoires, le problème de la propriété commerciale se réduit, avant la guerre, à un problème de concurrence déloyale et que, de ce chef, il se pose principalement entre commerçants.

Que le bailleur occupe une place de premier plan

dans ce débat, cela est aussi explicable qu'évident, car il apparaît, aux yeux du locataire-commerçant, comme l'auteur premier et directement responsable du trouble apporté à sa clientèle à l'expiration du bail. Mais, en réalité, le propriétaire est mis en cause moins comme propriétaire que comme coupable ou complice d'une concurrence déloyale : coupable, s'il continue lui-même l'exploitation du locataire sortant ; complice, toutes les fois qu'il favorise l'installation d'un commerçant similaire aux lieu et place du commerçant évincé.

II. — Orientation nouvelle des revendications commerciales depuis la guerre : réclamation du maintien en possession des lieux loués.

Les circonstances économiques nées de la guerre, et tout particulièrement la pénurie des locaux disponibles, ont eu pour effet de compliquer les données, jusqu'alors fort simples, du problème de la propriété commerciale et de modifier profondément, en conséquence, les revendications des locataires commerçants.

M. le sénateur Morand a très exactement décrit ce curieux phénomène à la séance du Sénat du 25 mars 1924.

« Survint, dit-il, la guerre, puis les années 1920 et 1921, avec la crise des loyers.

« Alors va se produire une véritable évolution de l'idée de propriété commerciale, elle va changer de nature, et, sous un même nom, il ne va plus s'agir,

en réalité, de la simple sauvegarde d'une clientèle, mais bien d'une nouvelle loi des loyers.

« En effet, le préjudice causé avant la guerre consistait uniquement dans ce fait que le locataire auquel son bail n'était pas renouvelé était seulement privé de tout ou partie de sa clientèle par l'exercice d'un commerce similaire dans le même immeuble, mais sans se trouver pour cela atteint dans l'exercice même de son commerce.

« Après la guerre, au contraire, le locataire congédié qui n'obtient pas le renouvellement de son bail ne va plus trouver de local pour exercer son commerce, et, dès lors, ce ne sera plus seulement l'idée de sauvegarde de la clientèle qui va être en jeu, sous le nom de propriété commerciale, mais bien le fait même d'obtenir le maintien en jouissance des locaux loués...

« Le locataire commerçant ne veut pas quitter le local qu'il occupe, parce qu'il ne saurait, par suite de la pénurie des locaux, où exercer son commerce... Nous n'en sommes plus au reproche adressé par le locataire à son propriétaire de ne pas lui renouveler son bail parce qu'il veut demain louer ce même local plus cher à un concurrent. Non, aujourd'hui, l'idée est tout autre et je n'en veux pour preuve que les énonciations apportées à cette tribune par les précédents orateurs : « Le maintien en possession des locaux est indispensable », ont répété à tour de rôle MM. Serre et Roustan ».

Les commerçants continuent donc à mener campagne en faveur de la propriété commerciale ; mais ce terme ne signifie plus simplement, dans leur esprit,

le droit à la clientèle incorporée au domicile commercial ; il désigne, avant tout, le droit au domicile commercial lui-même, le droit au maintien en possession des lieux loués, après et malgré l'expiration du bail.

Au surplus, ils n'envisagent nullement ce maintien en possession comme un expédient temporaire, destiné à obvier à la crise exceptionnelle des loyers. Encouragés par les prorogations accordées aux locataires depuis 1914, ils ne désespèrent point de transformer ces gains provisoires en un avantage définitif, d'obtenir, en un mot, le droit strict au renouvellement du bail, la reconnaissance d'un tel droit devant avoir pour appréciable résultat de résoudre à la fois le problème de la clientèle et celui, beaucoup plus important, à leurs yeux, de la stabilité des fonds de commerce.

Pour légitimer cette nouvelle revendication, singulièrement plus hardie que leurs vœux primitifs, puisqu'elle tend à restreindre les droits de la propriété immobilière, les commerçants ont été contraints de transposer la question de la propriété commerciale, de la placer désormais sur le terrain d'un conflit entre le commerçant et son bailleur, et d'adapter à cet aspect nouveau du problème toute leur argumentation justificative.

Aussi ne s'attardent-ils plus à se plaindre des détournements de clientèle opérés à leur détriment. Invoquant le précédent des nombreuses limitations apportées déjà par la loi à la propriété immobilière, ils s'efforcent de démontrer que les intérêts vitaux du commerce rendent indispensable une nouvelle atténuation des

droits du propriétaire. Ils allèguent que la propriété commerciale n'est qu'une fragile illusion si elle ne jouit pas, comme toute propriété, de la perpétuité et demandent que le bailleur soit obligé, sauf motifs graves et légitimes, de renouveler le bail, sous peine de se voir condamné à une indemnité d'éviction au profit du commerçant locataire congédié.

Enfin, le débat n'est plus limité aux seules hypothèses d'éviction injustifiée et d'installation d'un commerce similaire dans les lieux loués. En l'absence de tout abus du propriétaire et de toute collusion avec un commerçant concurrent, alors même que les locaux sont reloués pour un commerce tout différent du précédent, la thèse généralement admise par les commerçants comporte la reconnaissance du droit du locataire sortant à une indemnité égale à la plus-value conférée par lui à la valeur locative de l'immeuble.

Droit au renouvellement du bail ou, tout au moins, indemnité d'éviction, et, dans certains cas, indemnités de plus-value, ce sont là les revendications formulées, depuis la fin de la guerre, par la presque unanimité des groupements commerciaux. Elles ne se rattachent, on le voit, que par un lien très lâche aux anciennes revendications relatives à la protection de la clientèle à l'expiration des baux.

Quoi qu'il en soit, les unes et les autres se sont toujours heurtées, on le devine, à la résistance des bailleurs d'immeuble qui avaient, de leur côté, d'importants intérêts à défendre et de sérieux arguments à faire valoir contre les prétentions des avocats de la propriété commerciale.

SECTION V

Attitude des propriétaires à l'égard des revendications commerciales

Il n'y a pas lieu de s'étonner que les bailleurs d'immeuble aient vu, sans aucun enthousiasme, se dessiner et prendre corps les revendications commerciales. Si évidente que pût leur apparaître la nécessité d'améliorer le statut des locataires-commerçants, il ne leur échappait pas que la propriété bâtie était vouée, en tout état de cause, à faire les frais de cette opération ; et ils ne pouvaient accepter de gaîté de cœur la perspective d'un amoindrissement de leur situation.

Les durs sacrifices que vint leur imposer la législation de guerre des loyers contribuèrent encore à accroître leur défiance. Victimes, depuis 1914, d'un régime d'exception, ils n'en devinrent que plus résolument hostiles à toute nouvelle atteinte portée à leurs droits.

Mais, plus qu'à toute autre cause, la résistance des propriétaires est imputable au caractère injustement et inutilement agressif à leur égard de la campagne d'opinion entreprise par les locataires-commerçants.

L'atmosphère belliqueuse entretenue, plus ou moins consciemment, par ces derniers, le ton menaçant et l'outrance inconsidérée de certaines de leurs revendications, l'empressement quelque peu suspect des réformateurs socialistes à s'en faire l'écho, tout cela, joint à

l'apparence déjà subversive du « droit nouveau » invoqué contre eux, était de nature à impressionner défavorablement les bailleurs d'immeubles et à les rendre instinctivement inaccessibles à la conciliation.

Si, au lieu de créer ainsi de toutes pièces un irréel et impolitique conflit entre la « propriété commerciale » et la propriété immobilière et de considérer *a priori* celle-ci comme l'ennemie de celle-là, les groupements commerciaux avaient pris le parti de soumettre, en toute sincérité, leurs doléances, vœux et aspirations aux groupements de propriétaires et de rechercher, de concert avec eux, la solution la plus équitable et la plus pratique à donner au problème de la propriété commerciale, tout porte à croire que l'entente serait, sinon déjà réalisée, du moins beaucoup plus facile et plus proche entre les uns et les autres.

Les commerçants ont fini par s'en rendre compte. La « Semaine de la Propriété commerciale », organisée d'un commun accord, en novembre 1924, par les délégués autorisés des propriétaires et des commerçants, constitue une première et féconde étape dans la voie de cette entente, si désirable à tous points de vue. Elle marque une date décisive qui va nous servir de point de démarcation, pour observer tour à tour les deux aspects successifs de l'attitude des propriétaires vis-à-vis des revendications commerciales : d'une part, l'intransigeance de leur point de vue primitif ; d'autre part, leurs concessions récentes aux idées émises par les commerçants.

I. — Attitude des propriétaires jusqu'à ces dernières années

La thèse soutenue jusqu'à ces dernières années par les propriétaires relativement à la « propriété commerciale » peut se résumer ainsi : Ils s'opposent catégoriquement à toute intervention du législateur. Ils prétendent que le droit commun suffit à prévenir ou à réprimer les abus dont se plaignent les locataires-commerçants.

Et d'abord, les propriétaires se refusent énergiquement à envisager une limitation législative quelconque, si modérée soit-elle, de leurs libertés et de leurs prérogatives légales. Ils condamnent, comme attentatoire à leurs droits, non seulement la thèse du renouvellement obligatoire des baux, mais celle qui prévoit, à leur charge, des indemnités d'éviction ou de plus-value. Ils repoussent systématiquement et sans examen tous les projets de réforme qui s'inspirent de l'une ou l'autre de ces idées.

Ils les rejettent, en premier lieu, comme contraires au droit de propriété, qu'ils proclament intangible. « L'intervention d'une loi, dit le rapporteur au 17e congrès national de la propriété bâtie, serait un très grave amoindrissement du droit de propriété et une sorte de mise en commun partielle de ce droit avec les locataires commerçants et industriels et tout progrès dans cette voie est une étape vers le collectivisme » (1).

Ils les rejettent, en outre comme incompatibles

(1) *Bulletin de la Ch. des prop.*, 16 novembre 1913.

avec le respect dû aux conventions librement conclues. « Notre Code français, dit Me Lucien-Brun, rapporteur au 18e congrès national de la propriété bâtie, admet, comme règle générale, qu'entre majeurs les conventions sont libres et font la loi des parties, sous la seule condition de respecter les lois d'ordre public... Si la loi projetée maintient le principe de liberté et ne vaut que jusqu'à clause contraire, cette clause deviendra d'usage et la loi inefficace. Si, au contraire, la loi crée une contrainte, elle supprimera le principe de la liberté des conventions et transformera les conventions entre propriétaires et locataires en une question d'ordre public. Les projets nouveaux entreront, en ce cas, dans la voie du socialisme, où passeront bien d'autres idées apportant avec elles d'autres réglementations » (1).

Dans tous leurs vœux, les propriétaires s'affirment opposés à la prise en considération de ces divers projets. Et ils déclarent nettement qu'au cas où les revendications commerciales trouveraient gain de cause au Parlement, ils se verraient réduits, pour sauvegarder leurs intérêts, peut-être aussi par mesure de représailles, à ne plus consentir de baux aux commerçants, ce dont ces derniers seraient les premiers à souffrir.

Est-ce à dire que les propriétaires méconnaissent les abus dénoncés par les commerçants ? Nullement ; mais ils soutiennent qu'on en exagère le nombre et

---

(1) Rapport présenté au 18e Congrès national de la Propriété bâtie, Lyon, 1914.

l'importance, et qu'il n'est pas besoin d'une loi spéciale pour les faire cesser.

« Que des abus aient été commis, surtout dans les grandes villes, déclare le rapporteur au 18e congrès de la propriété bâtie, le fait est malheureusement certain... La fréquence des cas de ce genre a été exagérée pour les besoins de la polémique. La très grande majorité des propriétaires se rendent compte que leurs intérêts et ceux de leurs locataires sont solidaires, qu'ils ont besoin les uns des autres et que si des causes économiques justifient une raisonnable augmentation de loyer, la meilleure solution consiste encore le plus souvent pour eux à consentir une nouvelle location à des commerçants ayant loyalement exécuté leurs obligations » (1). Selon Me Talamon, rapporteur au même congrès, « des abus très rares ne justifient pas la campagne menée contre l'ensemble des propriétaires avec des arguments vraiment trop faciles » (2).

Néanmoins les propriétaires admettent la recherche de remèdes, préventifs ou réparateurs, susceptibles de mettre fin aux abus réellement commis, mais à la condition *sine qua non* qu'aucune restriction ne soit apportée à leurs propres droits, tels que les définit la législation en vigueur. Ils prétendent que le droit commun suffit amplement à atteindre les injustices signalées. Leurs opinions diffèrent seule-

---

(1) Rapport de Me L. Lefeuvre au 18e Congrès national de la Propriété bâtie, Lyon, 1914.

(2) Rapport de Me Henri Talamon au 18e Congrès national de la Propriété bâtie, Lyon, 1914.

ment en ce qui concerne les moyens précis qu'il convient de proposer, dans ce but, aux locataires-commerçants.

Les uns estiment que la liberté des conventions donne aux commerçants toute faculté de garantir efficacement leurs intérêts au moment de la passation du bail. « Nous ne pouvons en effet nous expliquer, dit M. Mourgues, que quelques commerçants, aidés des conseils de leurs chambres syndicales respectives, n'aient pas encore songé à être prévoyants avant la signature des baux et à demander à leurs propriétaires d'y insérer toutes les clauses qu'ils jugent utiles à leurs intérêts et à la conservation de la propriété de leur fonds de commerce » (1).

D'autres voient dans la simple application de l'article 1382 du Code civil la solution du problème de la propriété commerciale. C'est la thèse que soutient Me Talamon. « On sait, dit-il, que la jurisprudence a consacré dans ces dernières années une notable extension de l'idée de faute, en admettant qu'il pouvait y avoir faute dans l'exercice d'un droit... Il en sera ainsi quand le propriétaire a pour but de s'approprier le bénéfice de l'effort commercial accom-

---

(1) *Bulletin de la Chambre des Propriétaires*, 16 février 1911. — M. Lucien Brun, membre du Conseil d'administration de la Chambre syndicale des propriétés immobilières de la ville de Lyon, fait une remarque analogue : « les négociants, dit-il, ont de nombreux groupements, et les propriétaires des chambres syndicales. Que les uns et les autres entrent en conversation; que les commerçants tentent de créer l'usage de baux plus longs, de stipulations pour l'expiration du bail, soit au point de vue du renouvellement, soit au point de vue même de la succession d'un nouveau locataire ». (Rapport du 18e Congrès national de la propriété bâtie, Lyon, 1914.)

pli par son locataire et d'augmenter à ses dépens le rapport de son immeuble ou lorsqu'un commerçant concurrent entend, moyennant paiement d'un loyer un peu trop élevé au propriétaire, s'approprier à bon compte la plus grosse part de la clientèle du locataire évincé. Nous voudrions voir dans ce cas le commerçant victime de ces agissements attaquer son ancien propriétaire ou son concurrent et leur réclamer une indemnité à raison du préjudice qui lui est causé par leur faute. Les tribunaux ne pourraient-ils, par une simple application de l'article 1382, décider qu'il est dû des dommages-intérêts » ? (1)

Enfin, certains propriétaires se déchargent, aux dépens du locataire entrant, de toute responsabilité. A leur avis, les doléances des commerçants se trompent de direction ; le véritable et seul coupable, c'est le nouveau preneur qui s'empare, sans bourse délier, de l'achalandage de son prédécesseur. Après avoir reconnu que le locataire sortant a droit a une indemnité lorsqu'il est remplacé par un négociant exploitant une entreprise similaire, Me Talamon ajoute aussitôt : « Qui paiera cette indemnité ? La logique et l'équité répondent : le spoliateur du bien d'autrui, le commerçant sans scrupules, concurrent de son devancier, qui profite de la clientèle qu'il avait créée, en s'installant dans les locaux auxquels cette clientèle est habituée... Aussi estimons-nous préférable à tous égards de laisser le propriétaire en dehors de ces débats

---

(1) Rapport au 18e Congrès national de la propriété bâtie, Lyon, 1914.

qui ne doivent s'agiter qu'entre deux commerçants concurrents » (1).

Quoiqu'il en soit de leurs légères divergences d'opinion, les propriétaires sont unanimes à demander qu'on s'en tienne, en matière de propriété commerciale, à l'application des règles actuelles du droit, et à s'opposer à toute modification législative du statut de la propriété immobilière.

Ils ont clairement synthétisé ce point de vue commun dans le vœu qu'ils ont adopté, à la clôture de leur 18e congrès national, et qui est ainsi conçu :

« Considérant que les rares faits abusifs signalés, faits que l'on ne saurait d'ailleurs trop blâmer, si la réalité en est reconnue, mais dont, en tout cas, le nombre et l'importance ont été certainement exagérés, peuvent être réprimés par la simple mise en œuvre de la législation existante ;

« (Le Congrès) émet le vœu qu'aucune disposition portant atteinte au droit de propriété et au principe de la liberté des conventions ne soit introduite dans la législation française » (2).

II. — Orientation nouvelle de l'attitude des propriétaires ; « Semaine de la Propriété commerciale »

Au cours de l'année 1924, un mouvement tout nouveau et plein de fécondes promesses se dessina, tant chez les propriétaires que chez les commerçants,

---

(1) Rapport au 18e Congrès national de la propriété bâtie, Lyon, 1914.

(2) 18e Congrès national de la propriété bâtie, Lyon, 1914.

en faveur d'une collaboration des uns et des autres à l'étude de la question de la propriété commerciale. Il apparut à diverses personnalités indépendantes que seuls les véritables intéressés pouvaient parvenir, par une loyale et franche discussion en commun, à réduire l'antagonisme qui les séparait relativement à ce délicat problème.

Un comité où se coudoyaient commerçants et propriétaires se constitua. La présidence en fut confiée à M. Léopold Bellan, conseiller municipal de Paris ; la vice-présidence à MM. Trutié de Varreux, président du Conseil d'administration de la Chambre des propriétaires de Paris et Victor Constant, président-adjoint de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France. Après avoir élaboré, dans un esprit de concorde et de sympathie, un projet d'entente entre propriétaires et commerçants au sujet de la propriété commerciale, ce Comité organisa, pour en discuter, un Congrès intitulé « Semaine de la Propriété commerciale » qui s'ouvrit le 24 novembre 1924 et auquel prirent part les représentants mandatés de 166 associations de commerçants et de 44 groupements de propriétaires.

Grâce à de méritoires efforts de conciliation et à de sages concessions réciproques, les congressistes parvinrent à adopter, d'un commun accord, quelques principes directeurs qu'une Commission paritaire devait ultérieurement mettre en application par la rédaction d'un projet détaillé.

Les propriétaires ayant fait remarquer que leur répugnance à signer et à renouveler des baux de

longue durée a pour cause primordiale la dépréciation de notre monnaie et la menace de dépréciations nouvelles, les commerçants consentirent à voter le principe de la possibilité d'une révision annuelle du prix des loyers, la Commission paritaire étant chargée de déterminer le taux d'élévation ou d'abaissement de la valeur choisie comme étalon du prix du loyer. De leur côté les propriétaires acceptèrent de reconnaître au locataire sortant, en cas de relocation à un commerce similaire, un droit à indemnité, mais à l'encontre du nouvel occupant, le propriétaire étant garant de l'indemnité lorsque le locataire entrant ne l'a pas payée avant son entrée en jouissance.

La seule question épineuse était celle de la relocation à un commerce non similaire. Contrairement aux prétentions des commerçants, les propriétaires n'admettaient pas qu'il soit versé une indemnité au locataire sortant, ni par le nouvel occupant exerçant un tout autre commerce, ni par le bailleur lui-même. Mais une solution transactionnelle finit par rallier les suffrages de tous : il fût convenu que, pendant une période transitoire dont le délai serait fixé par la Commission paritaire, les règles adoptées en cas de commerce similaire serait appliquées au cas de commerce non similaire, cela pour permettre aux locataires-commerçants de prévoir et de garantir le risque de non-renouvellement, risque auquel les circonstances économiques exceptionnelles ne leur ont pas permis de parer.

Une Commission paritaire, composée de huit pro-

priétaires et de huit commerçants, fut chargée de résoudre les questions accessoires laissées en suspens, de mettre au point et de rédiger un texte de loi conforme aux propositions votées par les congressistes. Ce texte fut approuvé à l'unanimité, le 5 mars 1925, par le Comité exécutif de la « Semaine de la propriété commerciale » et remis aussitôt au Gouvernement. Il est actuellement soumis à l'examen des ministres et des Commissions compétentes de la Chambre et du Sénat (1).

Quel que puisse être le sort parlementaire réservé à ce projet, il est surtout intéressant en ce qu'il révèle le retour, entre propriétaires et commerçants, d'une concorde qui tendait à disparaître de leurs relations. Ce renouveau de mutuelle confiance, nous en trouvons la fidèle expression dans l'ordre du jour suivant qui a été adopté, à la fin de ses travaux, par l'Assemblée de la « Semaine de la propriété commerciale » :

« Le Congrès,

« Avant de clôturer ses travaux, veut saluer l'aurore d'une entente nouvelle entre les propriétaires et les locataires-commerçants ;

---

(1) Le projet de loi élaboré par la commission paritaire fixe à dix années la période transitoire pendant laquelle le locataire commerçant remplacé par le preneur exerçant un commerce non similaire aura droit, à l'encontre de ce dernier, à une indemnité. Quant à la révision du prix du loyer, elle est déclarée possible lorsque les conditions économiques entraînent une différence en plus ou en moins de 10 °/₀, au minimum, du loyer convenu. Pour tout ce qui concerne les travaux de la « Semaine de la propriété commerciale » et le projet de loi rédigé conformément aux conclusions de ce Congrès, cf. *Bulletin de la Ch. des Propriétaires de la Ville de Paris*, nos de décembre 1924 et d'avril 1925.

« Fonde tous ses espoirs sur les relations courtoises qui ne manqueront pas de s'établir entre ces deux grandes catégories de citoyens représentant toutes les deux le respect de l'ordre et de la propriété.

« Les délégués des grandes associations commerciales décident de soumettre, avant toute autre action, dans un but de paix et de concorde, aux bureaux des associations de propriétaires, tous les cas qui pourraient leur être signalés par leurs adhérents, ayant trait à des tentatives faites pour leur demander des paiements abusifs au titre de pots-de-vin, ces pratiques ayant été sévèrement blâmées et condamnées par tous les propriétaires présents à la Semaine.

« Tous ces accords conclus sur une des plus graves questions de l'heure, la propriété commerciale, apporteront une saine détente, encourageront ainsi l'initiative et tous les efforts indispensables au relèvement économique du pays ».

L'heureux rapprochement ainsi intervenu entre propriétaires et commerçants, à l'occasion de cette même « propriété commerciale » qui les avait si longtemps divisés en deux camps ennemis, fait honneur à la sagesse et à la bonne volonté des uns et des autres. Il permet d'espérer que seront désormais règlés au mieux des intérêts de tous non seulement le problème de la propriété commerciale, mais tous les litiges qui peuvent surgir, à l'avenir, entre les locataires-commerçants et leurs bailleurs.

DEUXIÈME PARTIE

Étude critique des principales théories proposées comme fondement de la solution du problème de la propriété commerciale

---

CHAPITRE PREMIER

Historique des solutions proposées

La question de la propriété commerciale ne pouvait, en raison des intérêts vitaux qu'elle met en jeu, demeurer dans le simple domaine spéculatif. Elle est, depuis longtemps, l'objet d'une sorte d'arbitrage public. Rapports de congrès, articles de journaux, brochures de propagande, réunions syndicales, rien n'a été négligé pour la vulgariser et la poser avec force devant l'opinion.

Il n'entre pas dans les limites de cette étude de passer en revue les innombrables écrits ou discours qui ont traité ce sujet. Outre que leur analyse serait

fastidieuse, par suite des lieux communs que tous contiennent, nous aurions peine à y découvrir des solutions complètes et cohérentes du problème de la propriété commerciale.

Les intéressés ayant eu le plus souvent recours à leurs représentants au Parlement pour transformer leurs vœux en propositions de loi, un rapide exposé de ces dernières suffira à nous faire connaître les idées directrices des principales réformes législatives préconisées.

SECTION I

Réformes proposées avant la guerre

Cinq propositions de loi relatives à la propriété commerciale ont été soumises, avant la guerre, à la Chambre des députés ; ce sont celles déposées par M. Thalamas, le 5 décembre 1911, par M. Georges Berry, le 5 novembre 1912, par M. Lauche, le 19 décembre 1912, par MM. Deloncle et Desplats, le 20 mars 1913 et par M. Georges Bureau, le 11 juillet 1914 (1).

---

(1) Une proposition de M. Roche, député, déposée le 27 novembre 1913, se rattache indirectement à la question de la propriété commerciale; elle tend à la taxation de tous les loyers sans distinction, mais adapte ce principe à la matière qui nous occupe dans son article 5, ainsi conçu : « Article 5. — Les baux pour installations commerciales ou industrielles sont soumis à la même taxation, ceux en cours exceptés; à l'expiration du bail, la préférence est acquise de droit au locataire sortant qui désire le continuer et sauvegarder ainsi sa propriété commerciale. » Ce projet de socialisation de la propriété immobilière n'a pas eu beaucoup de succès parmi les commerçants, réfractaires, comme l'on sait, à tout étatisme.

Sans modifier leur ordre chronologique, on peut les classer en deux groupes différents, suivant la manière dont elles envisagent le problème de la propriété commerciale. Les quatre premières le posent et le solutionnent dans les seuls rapports entre le locataire-commerçant et son bailleur ; la dernière y fait intervenir, en sa qualité de principal responsable du dommage causé au locataire sortant, le nouveau preneur exerçant le même commerce que son devancier.

I. — Premier groupe de propositions

Ce premier groupe comprend les propositions de MM. Thalamas, Berry, Lauche et de MM. Deloncle et Desplats.

La première en date, celle de M. Thalamas, « tendant à garantir aux commerçants la propriété de leur fonds » fut présentée à la Chambre le 5 décembre 1911. D'après ce texte le propriétaire de l'immeuble ne peut, pendant un certain délai, installer dans les locaux devenus vacants un commerce similaire qu'après avoir payé à dire d'experts la valeur dudit fonds. Comme conséquence de ce rachat forcé, brutalement imposé au propriétaire, même lorsqu'il a de justes motifs de ne point renouveler le bail, il est interdit au locataire ainsi indemnisé de se rétablir durant un temps donné et dans un périmètre déterminé.

La proposition de M. Georges Berry, déposée le 5 novembre 1912 et reprise le 26 juin 1914, est basée sur le même principe que la précédente, mais elle en

étend l'application à l'hypothèse où, sans refuser formellement la relocation, le propriétaire la rend inaccessible au locataire « par l'imposition de conditions inacceptables ».

Le 19 décembre 1912, M. Lauche présentait, au nom des députés socialistes de la Chambre, une proposition de loi « portant protection de la propriété commerciale », mais manifestement destinée à gagner au socialisme les sympathies des petits commerçants, représentés, dans l'exposé des motifs, comme des « victimes du développement même du capitalisme ». L'article 1 consacre, au profit du locataire-commerçant « un droit en principe au renouvellement du bail pour une égale durée et aux mêmes charges, clauses et conditions ». Le propriétaire conserve la faculté de reprendre le local, mais à la condition, dit l'article 4 « de prévenir le locataire de son intention dix-huit mois à l'avance et de lui payer la valeur dudit fonds à dire d'experts ». Un tel système aboutissait pratiquement à l'anéantissement presque complet des droits du bailleur.

La proposition de M. Lauche fut suivie d'une autre proposition, d'inspiration analogue mais plus complète, déposée par MM. Deloncle et Desplats, le 20 mars 1913, sur le bureau de la Chambre. Le locataire y est investi d'un « droit de priorité pour louer à nouveau les lieux occupés par son commerce ou son industrie ». Une indemnité, fixée à dire d'experts, est mise à la charge du propriétaire qui s'oppose au renouvellement.

Les 66 groupements syndicaux qui prirent part à

la manifestation organisée, le 3 décembre 1913, au Trocadéro adoptèrent le projet de MM. Deloncle et Desplats, après y avoir apporté plusieurs retouches, notamment un amendement stipulant que « toute faute lourde du locataire, inobservation des conditions du bail, actes nuisibles ou injurieux à l'égard du propriétaire et dûment reconnus, pourront être admis comme susceptibles de réduire le montant de l'indemnité ».

II. — Deuxième groupe de propositions

Seule la proposition présentée le 11 juillet 1914 par M. G. Bureau et « ayant pour but d'étendre à l'achalandage la reconnaissance de la propriété commerciale » trouve place dans cette seconde catégorie. C'est sous un jour entièrement nouveau et par des voies nettement différentes de celles suivies par les systèmes précédents que cet auteur recherche et découvre les moyens de garantir la propriété commerciale.

Au lieu de s'en prendre au seul propriétaire, l'auteur s'attache à démontrer qu'il s'agit, avant tout, d'un conflit d'intérêts entre le locataire sortant et le nouvel occupant exerçant un commerce similaire. En conséquence, s'inspirant du projet extraparlementaire de MM. Oury et Delhay, président et secrétaire du Comité de défense de la propriété commerciale et industrielle, il rédige en ces termes son article premier :

« *Article premier.* — Lorsqu'un commerçant ou

industriel arrivera à fin de bail, nul ne pourra installer dans les locaux devenus vacants, sans avoir acquis le fonds ou obtenu le consentement du locataire sortant, un commerce similaire avant l'expiration d'un délai qui sera fixé par un règlement d'administration publique, à peine de réparation du dommage.

« La présente prohibition cessera d'être applicable :

« 1° Dans le cas de cessation de commerce du locataire sortant ;

« 2° Dans le cas où le locataire sortant ne pourra invoquer un refus de renouvellement du bail, ni une augmentation de prix des loyers comme cause déterminante de son départ ».

Pour bénéficier de ces avantages, le locataire sortant est tenu de rendre ses droits opposables aux tiers par une inscription prise au greffe du tribunal de commerce, quinze jours avant l'expiration du bail.

Cette conception se retrouve dans plusieurs projets d'initiative privée, notamment ceux émanant de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France.

SECTION II

Réformes proposées depuis la guerre

« A raison des graves problèmes qui absorbèrent l'attention de la onzième législature, la question de la « propriété commerciale » sommeilla pendant la durée de la guerre, et cela d'autant mieux que la plupart des petits commerçants étaient en mesure

de profiter des dispositions moratoires prises par le gouvernement en faveur des locataires, les décrets prorogeant de trois mois en trois mois les baux commerciaux parvenus à leur expiration. Quelques parlementaires essayèrent bien de réveiller la question en mars 1915 en la présentant sous la forme d'un amendement à la loi sur les débits de boissons, mais cet amendement fut repoussé par 240 voix contre 230, après promesse par M. Raoul Péret que le problème serait étudié. Cette promesse amena M. Failliot à déposer devant la Chambre une nouvelle proposition en date du 6 mai 1915 » (1).

I. — Proposition de M. Failliot

Cette proposition « tendant à instituer et à garantir la propriété commerciale et professionnelle » confère au locataire-commerçant, ainsi qu'à tout autre locataire exerçant une profession et ayant une clientèle, un droit au renouvellement du bail et, en cas de refus du propriétaire, un droit à indemnité. La procédure à suivre en vue de l'attribution et de l'évaluation de cette indemnité est minutieusement décrite. M. Failliot s'est efforcé moins de prévenir que de réglementer les procès pouvant naître de la « mitoyenneté de droits » qui existe entre le bailleur et le locataire-commerçant.

---

(1) L. Rigaud, *Le Conflit de deux propriétés*, « Annales de Droit commercial », 1921, p. 118.

II. — Proposition de loi votée par la Chambre des Députés le 13 mars 1919

Chargé par la Commission du commerce de la Chambre d'examiner les diverses propositions de loi relatives à la propriété commerciale, M. Levasseur déposa son rapport le 22 octobre 1918 (1). Il y repoussait tous les projets qui admettent l'éviction du locataire moyennant une indemnité, se prononçait en faveur du droit strict au renouvellement du bail et proposait l'adoption d'un projet comprenant un article unique ainsi rédigé : « L'article 1737 du Code civil est complété par les dispositions suivantes : Toutefois, s'il s'agit d'un bail industriel ou commercial et si le locataire en fait la demande par acte extrajudiciaire dans le courant de la troisième année qui précède l'expiration, le bailleur ne pourra louer à une autre personne qu'au locataire occupant, et le bail se trouvera renouvelé de plein droit pour une durée égale à celle du bail en cours ».

Discuté au cours de plusieurs séances matinales de janvier et février 1918, ce texte se heurta à de si violentes critiques que la Commission dut le retirer. Elle lui substitua, le 4 mars 1919, un nouveau projet (2) moins outrancier qui, à la suite d'une discussion confuse et après de nombreux remaniements, fut finalement adopté dans la séance du 13 mars 1919.

Nous empruntons à M. L. Julliot de la Morandière

---

(1) Doc. parl., Chambre, 1918, p. 1652 et suiv.
(2) *J. O.* 12 mars 1919, Déb. parl., p. 1110.

le résumé de la proposition de loi ainsi votée par la Chambre (1).

1° En principe, droit du commerçant au renouvellement de son bail. Lorsqu'un bail commercial arrive à expiration, le locataire a un droit de priorité pour louer à nouveau pour une durée égale à celle du bail en cours les locaux qu'il occupe (art.1). Il suffit que le locataire notifie au bailleur sa demande deux ans au moins avant la fin du bail. Le droit au renouvellement n'est cependant plus absolu. Le propriétaire conserve dans une assez large mesure sa liberté. S'il accepte de renouveler, mais désire de nouvelles conditions sur lesquelles les parties ne peuvent se mettre d'accord, les conditions nouvelles seront fixées par les arbitres, ceux-ci ayant d'ailleurs pleine liberté, pour cette fixation (art. 2). Le propriétaire peut refuser un nouveau contrat pour occuper lui-même l'immeuble (art. 3). Le bailleur peut même refuser en vue de relouer à un autre locataire : seulement, dans ce cas, il devra préciser les motifs de son refus. Si ces motifs ne sont pas jugés graves et légitimes, le locataire ne restera pas malgré lui dans l'immeuble, mais il aura droit à des dommages-intérêts (art. 4).

2° En outre, des précautions sont prises pour éviter l'enrichissement injuste d'un concurrent qui profiterait de l'achalandage créé par le locataire sortant. Le bailleur qui reprend l'immeuble pour lui-même ou refuse de relouer sans motifs graves et

(1) L. Julliot de la Morandière, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1923, p. 286.

légitimes ne peut pendant six ans exercer lui-même un commerce similaire (art. 3 et 4). Il n'en est autrement que si l'immeuble ne peut être affecté à une autre destination. Mais dans ce cas comme dans celui où le bailleur avait des motifs légitimes de ne pas relouer à son preneur primitif, si le nouvel occupant (propriétaire ou autre locataire) tire de l'exercice d'un commerce similaire un avantage appréciable résultant de l'accroissement de clientèle ou d'achalandage créé par le locataire sortant, celui-ci peut agir contre lui en indemnité à concurrence de son enrichissement (art. 5 et 6).

III. — Proposition de loi votée par le Sénat le 21 décembre 1920

Le texte adopté par la Chambre fut soumis à la commission de législation civile du Sénat. Son rapporteur, M. Morand (1), conclut à son rejet, après avoir éloquemment souligné les graves atteintes portées par le droit de priorité à la liberté des conventions et au droit de propriété du bailleur.

Conformément aux conclusions de ce rapport, la haute Assemblée repoussa la proposition de la Chambre et adopta, le 21 décembre 1920 (2), un projet présenté sous la forme d'une simple modification de l'article 1737 du Code civil et dont voici la disposition essentielle : le locataire-commerçant auquel est refusé le renouvellement du bail peut obtenir du propriétaire une indemnité compensatrice, lorsqu'il a pro-

(1) Rapport Moraud, 1920. Doc. parl., Sénat, annexe n° 262.
(2) Cf. annexe n° 5.

curé une plus-value locative à l'immeuble et que ce dernier est affecté, après son départ, à l'exploitation d'un commerce similaire.

IV. — Proposition de loi votée par la Chambre des Députés le 8 juin 1923

Le projet revint devant la Chambre des Députés et la Commission du Commerce le jugea tellement défiguré par le Sénat, réduit à une réforme si embryonnaire qu'elle déclara ne pouvoir se contenter du texte voté par la Haute Assemblée. Dans un nouveau rapport (1), M. Levasseur s'est appliqué à établir la légitimité de la propriété commerciale et la nécessité d'en compléter la protection légale par la consécration du droit au renouvellement du bail.

Après avoir déclaré que la propriété immobilière et la propriété commerciale, également justes et utiles, ont un droit égal à la protection de la loi, le rapporteur remarque que seule la première est efficacement réglementée et garantie. La seconde n'a été reconnue et protégée que progressivement, à mesure que le besoin s'en faisait sentir. La loi du 17 mars 1909 a réalisé dans cette voie un progrès décisif puisque, plaçant la propriété commerciale sur le même pied que la propriété immobilière, elle en a fait un droit réel, susceptible du privilège du vendeur et d'une véritable hypothèque. Or «comment admettre que le législateur eût permis de constituer une hypothèque

(1) Séance de la Chambre des Députés du 16 février 1922. Doc. parl., Ch., annexe n° 3.910.

sur le fonds de commerce si, dans sa pensée, il n'eût considéré celui-ci comme une chose solide et durable? » Sans le droit au renouvellement du bail, la propriété commerciale n'a qu'une existence précaire ; elle n'est qu'un leurre.

En dehors de ces arguments juridiques, le rapporteur invoque à l'appui de sa thèse d'intéressantes considérations d'ordre économique. Le droit au renouvellement permettra, dit-il, de lutter victorieusement contre la vie chère due, en partie, à cette instabilité du bail qui oblige le commerçant à amortir ses capitaux engagés dans le court laps de temps de son contrat. Il garantira en même temps contre l'accaparement des grandes entreprises le petit commerce, menacé par le maintien du régime actuel et dont l'utilité politique et sociale est incontestable.

Le projet de la Commission du commerce et de l'industrie fit l'objet, à la Chambre, en mai et juin 1923, de discussions laborieuses et passionnées. Il s'y heurta à une vive opposition. C'est à M. Cautru que revint le mérite de trouver une formule de conciliation. Dans un contre-projet il proposait de reconnaître au commerçant en fin de bail, à défaut de légitimes motifs de refus du propriétaire, un droit de préférence, à prix et conditions égaux, sur tous autres candidats.

La Chambre finit par se rallier, le 8 juin 1923, par le vote unanime des 540 députés présents, à un texte (1) qui consacre ce droit de préférence.

---

(1) Cf. annexe n° 6.

Ce texte apparaît comme le résultat d'un compromis entre les deux tendances contraires qui s'étaient manifestées dans les nombreux projets parlementaires antérieurs : d'une part, la conception socialiste, au moins par son inspiration, qui attribue au locataire-commerçant un droit réel à la relocation de l'immeuble ; d'autre part, la conception des défenseurs de la propriété foncière, qui se borne à reconnaître au preneur, dans certains cas d'éviction, un droit personnel à indemnité.

La réforme finalement adoptée est le fruit de mutuelles concessions qui font honneur à la bonne volonté de leurs auteurs, mais elle doit à ce caractère transactionnel un manque regrettable d'unité et de cohérence.

Il serait, par suite, sans intérêt de l'examiner article par article. Aussi bien, négligeant les détails secondaires de procédure et de réglementation, nous nous bornerons à extraire d'un remarquable rapport fait par M. Puech, député, au nom de la Commission du commerce et de l'industrie (1), l'analyse des dispositions capitales de cette proposition de loi, de celles qui en forment, pour ainsi dire l'ossature.

« Ce projet posait, tout d'abord, en principe que,

(1) Rapport fait par M. Louis Puech, député de Paris, au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie chargée d'examiner la proposition de loi, adoptée par la Chambre des Députés, adoptée avec modifications par le Sénat, modifiée par la Chambre des Députés, adoptée avec de nouvelles modifications par le Sénat, réglant les rapports entre locataires et bailleurs et concernant le renouvellement des baux à loyers d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel. Extrait de la *Revue politique des idées et des institutions*, 15 avril 1925, p. 275 à 290.

lorsqu'un bail d'un local où s'exploite, depuis deux ans au moins, un fonds de commerce ou une industrie arrive à l'expiration, et que le locataire ou ses ayants cause en demandent le renouvellement, le bailleur doit, en l'absence de motifs graves ou légitimes, leur donner la préférence sur toutes autres personnes ». Il organisait ensuite, pour être mise en œuvre dans le délai minimum de deux ans avant la fin du bail, une procédure de conciliation devant le Président du Tribunal civil, dans l'espoir que, sous l'égide de ce haut magistrat, la plupart des conflits seraient réglés à l'amiable.

A défaut d'accord devant le président, on avait prévu et réglé trois hypothèses :

Première hypothèse. Le propriétaire et le locataire sont disposés, en principe, à renouveler, mais ils sont en désaccord sur diverses conditions, telles que la durée ou le prix du nouveau bail.

Solution : Chacune des deux parties nommait un arbitre. Si les deux arbitres ne s'entendaient pas, c'est le président du tribunal civil, tiers arbitre légal, qui les départageait et décidait souverainement.

Cette décision une fois rendue, le locataire — s'il trouvait excessif le loyer fixé par le président pour le nouveau bail, et qu'il ne lui fût pas possible de l'accepter — pouvait, à seule charge de payer les frais déjà exposés, renoncer au renouvellement.

Il est un point capital à signaler dans cette première hypothèse : que décider si un tiers intervenait et offrait au propriétaire un chiffre de loyer tellement

élevé, tellement exagéré, que le locataire ne pût exercer son droit de préférence ?

Voici ce qu'avait décidé la Chambre :

Les arbitres et le président du tribunal devaient vérifier tout d'abord si cette offre était sérieuse, réelle. Si elle était réelle et sérieuse, le propriétaire avait le droit de l'accepter, et c'est le tiers offrant qui avait le bénéfice du nouveau bail. Mais les arbitres devaient alors rechercher si l'offre qui écartait le locataire sortant ne constituait pas une suroffre, si elle « n'était pas hors de proportion avec la valeur du loyer sur lequel le propriétaire pouvait raisonnablement compter », auquel cas le locataire dépossédé avait le droit à l'indemnité d'éviction.

Deuxième hypothèse. Le propriétaire refuse purement et simplement de renouveler le bail.

En ce cas, de deux choses l'une : ou le propriétaire justifiait à l'encontre de son locataire de motifs graves et légitimes, et il pouvait librement relouer ; ou il n'avait contre son locataire aucun grief sérieux et il devait une indemnité à fixer par le tribunal. Car c'était le tribunal et non plus le président et les arbitres qui étaient compétents pour accorder les indemnités de dépossession. Le propriétaire, s'il trouvait cette indemnité excessive, pouvait s'y soustraire, à la double condition de payer les frais et de consentir au renouvellement qu'il avait tout d'abord refusé. C'est la contre-partie de l'option accordée au locataire dans la première hypothèse.

Troisième hypothèse. Le propriétaire veut reprendre son local ou son immeuble pour occuper soit par lui-même, soit par ses enfants.

Le projet donnait ce droit de reprise au propriétaire, mais à la condition, bien entendu, que cette reprise fût sérieuse, réelle, effective. Ce droit accordé au propriétaire comportait néanmoins une réserve extrêmement importante et qui présente, du moins dans les grands centres, un intérêt capital. Le droit de reprise sans indemnité était refusé au propriétaire qui avait acheté l'immeuble ou le local en vue de se substituer ultérieurement au locataire commerçant qui l'occupait.

Il était bien entendu, d'autre part, que, dans tous les cas, même dans les cas de reprise par le propriétaire, si le nouvel occupant, quel qu'il fût, exerçait dans les locaux repris un commerce similaire, on devait au locataire évincé une indemnité en rapport avec les avantages résultant de la clientèle, de l'achalandage et des améliorations de toute sorte qui venaient du prédécesseur.

Signalons enfin que le droit au renouvellement consacré par la loi nouvelle était d'ordre public. Toute clause par laquelle on y renonçait à l'avance directement ou indirectement était réputée nulle et non avenue ».

V. — Proposition votée par le Sénat le 2 avril 1924

La proposition votée par la Chambre en juin 1923 vint en discussion le 25 mars 1924 devant la Haute Assemblée. Deux thèses s'y affrontaient au sujet de la question primordiale du caractère provisoire ou définitif à donner à la loi sur la propriété commerciale.

La Commission de législation civile demandait que la durée d'application de la loi fut limitée à une période de dix années. Son rapporteur, M. Morand, tout en reconnaissant les abus dont les locataires-commerçants sont victimes, les considérait comme une conséquence de la crise exceptionnelle créée par la pénurie des locaux vacants. Il en concluait que des mesures temporaires suffiraient à remédier à cette crise momentanée. « Il y a certainement, disait-il, une situation difficile, mais elle ne sera pas éternelle. Nous vous demandons de ne pas engager un droit et de limiter à 10 ans les effets d'une loi qui ne peut être que de circonstance ».

Par la voix de son rapporteur, M. Serre, la Commission sénatoriale du Commerce, se rangeant au point de vue de la Chambre, estimait, au contraire, « qu'il s'agit ici d'une matière normale, qu'il est indispensable de faire une loi permanente, d'abord pour éviter les spéculations inévitables précédant la disparition de décisions temporaires, mais surtout pour créer un droit nouveau en matière de baux commerciaux et industriels ».

Appelé à choisir entre ces deux conceptions dans

le vote de l'article premier, le Sénat, par deux voix de majorité, refusa de limiter la durée d'application de la loi. Cette question « liminaire » étant ainsi tranchée, la Haute Assemblée adopta, cette fois, le principe du projet de la Chambre et la plupart de ses dispositions, mais en l'amendant, sur plusieurs points importants, dans un sens nettement restrictif des droits du locataire.

Des modifications favorables au propriétaire ont été apportées par le Sénat au point de vue du droit de reprise des locaux par le bailleur, du caractère des motifs de refus par lui allégués, des locataires bénéficiaires de la loi et des divers délais (demande de renouvellement, durée du nouveau bail, prescription et promesses aux tiers). Mais les principales différences entre le texte du Sénat et le texte de la Chambre, celles qui bouleversent l'économie et la portée de ce dernier, concernent les indemnités accordées au locataire sortant.

a) Indemnité d'éviction. L'article 3 du texte de la Chambre confiait aux arbitres le soin d'examiner si l'offre faite par un tiers « est hors de proportion avec la valeur du loyer sur lequel le propriétaire pouvait raisonnablement compter » et donnait, dans ce cas, au locataire qui renonce au renouvellement, en raison du prix excessif du loyer imposé par l'offre, le droit de réclamer une indemnité. Le Sénat n'a pas admis cette réserve, pour le motif qu'elle aboutissait « indirectement mais réellement à une sorte de taxation du loyer » (Rapport Morand).

D'autre part, la Chambre avait décidé que l'indem-

nité d'éviction « serait en rapport avec le préjudice causé par le défaut de renouvellement ». Le Sénat assigne comme maximum à cette indemnité le montant cumulé des trois premières années de loyer du nouveau bail.

b) Indemnité de plus-value. Le projet de la Chambre obligeait le propriétaire, qui refuse la relocation pour des motifs jugés suffisants, à payer néanmoins au locataire sortant une indemnité représentative de la plus-value conférée par ce dernier à la valeur locative de l'immeuble par suite soit de la création ou du développement de son commerce, soit des aménagements par lui effectués. Le Sénat réduit la cause de cette indemnité aux seuls aménagements et limite son montant au prix de la main d'œuvre et des matériaux employés.

VI. — Proposition de loi votée par la Chambre des Députés le 4 juin 1925

Le 13 avril 1924, le texte voté par le Sénat fut transmis à la Chambre et renvoyé à la Commission du Commerce qui, après quelques discussions et hésitations, finit par l'adopter à une voix de majorité.

Pour protester contre un tel vote, M. Levasseur donna sa démission de rapporteur. Impressionnée par ce geste, ainsi que par la déception du monde commercial, la Commission du Commerce se ressaisit alors ; mais, estimant qu'il lui était impossible, avant la fin toute proche de la législature, d'aboutir à un accord entre les deux Assemblées, elle se borna à sou-

mettre à la Chambre la proposition de résolution suivante, qui fut adoptée sans discussion.

« La Chambre invite le gouvernement à prendre les mesures nécessaires pour qu'il soit sursis à toute expulsion de locataires des locaux commerciaux ou industriels jusqu'au moment où les deux Chambres auront statué définitivement sur la proposition de loi, adoptée par la Chambre des Députés, concernant le renouvellement des baux à loyer d'immeubles à usage commercial ou industriel ».

Il ne s'agissait point là d'un texte exécutoire, mais d'un simple vœu formulé par la Chambre. M. Ignace a tenu à en préciser la portée en ces termes : « Ce que nous voulons, c'est que, dans la pratique, les magistrats saisis de demandes d'expulsion usent de la façon la plus large des dispositions du Code de procédure qui leur donnent le pouvoir d'accorder des délais, et cela en raison de la situation actuelle qui est exceptionnelle ».

La Chambre nouvellement élue reprit, en mai 1925, la discussion de la proposition de loi sur la propriété commerciale et vota à l'unanimité le 4 juin 1924 un texte que nous rapportons, en annexe, à la fin de cette étude.

Ce texte reproduit presque entièrement dans son esprit et dans sa lettre, celui adopté en 1923, sauf quelques modifications dont les plus sensibles sont les suivantes.

Conformément à l'avis de sa Commission du commerce, la Chambre, afin d'éviter toutes confusions verbales, effaça, de l'article 1 l'ancienne déclaration de

principe reconnaissant un droit de préférence au locataire sortant. Mais il ressort de l'ensemble de la loi que ce droit, tel qu'il était défini par le projet de 1923, est, en fait, intégralement maintenu.

En ce qui concerne l'indemnité d'éviction accordée au locataire qui renonce au renouvellement en raison du prix excessif du loyer imposé par l'offre d'un tiers, cette indemnité est désormais à la charge du nouvel occupant, le propriétaire n'étant tenu de la payer que si ce dernier ne la verse pas avant son entrée en jouissance.

Enfin le propriétaire qui veut exercer son droit de reprise doit en informer le preneur dans un délai de préavis de trois années.

La parole est à présent au Sénat, qui aura à se prononcer sur le nouveau texte adopté par la Chambre

APPENDICE

La Propriété commerciale à l'étranger

Seule, parmi les nations étrangères, l'Italie se trouve dotée, à l'heure actuelle, d'une disposition législative relative à la protection de la propriété commerciale. Mais d'autres pays se préoccupent de résoudre cette question et suivent avec intérêt les discussions parlementaires dont elle est l'objet en France. C'est ce que souligne M. le député Levasseur, dans une déclaration faite au cours de la séance de la Chambre du 17 mai 1923 : « Comme rapporteur, dit-il, je reçois depuis quelque temps un certain nombre de demandes de documents, émanant d'associations très importantes de Belgique et d'Angleterre, qui attendent que la législation s'instaure dans notre pays pour suivre nos directives » (1).

Nous nous bornerons à résumer ici le projet de loi italien du 18 juillet 1922.

PROJET DE LOI ITALIEN

Le ministère italien actuel a transformé en décret-loi un projet présenté au Sénat le 18 juillet 1922. Voi-

(1) *J. O.*, 18 mai 1923, p. 1923.

ci les points essentiels de ce document, d'après l'analyse qu'en a fait M. Ricardo Fubini, professeur à l'Université de Turin (1).

Procédure de préavis

Durant le premier semestre du louage, si celui-ci a une durée d'un an, ou durant le dernier trimestre de la dernière année s'il y en a plusieurs, la partie qui désire demander le renouvellement du contrat à l'échéance en donnera connaissance à l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle y indiquera les conditions de sa proposition. L'autre partie devra répondre suivant les mêmes formes, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la présente lettre. Cependant si le louage qui vient à échéance a une durée supérieure à un an, le délai pour répondre, en ce qui concerne le propriétaire, est de 90 jours.

Offres émanant de tiers; droit de préemption du locataire sortant

Quand le bailleur dans ses propositions ou dans sa réponse, annoncera qu'il a reçu des offres d'engagement provenant de tierces personnes, pour la relocation du local commercial, à des conditions déterminées, il devra produire par écrit la proposition qui lui a été adressée et si le locataire en fait la demande, il devra l'affirmer dans les quinze jours par une déclaration sous serment devant notaire. Le locataire en jouissance aura un *droit de préemption* en offrant dans un

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1923, p. 897.

délai de quinze jours suivant les formes ci-dessus, des conditions égales à celles faites par les tiers. Ce droit est reconnu même dans le cas où, par la suite de nouveaux accords intervenus dans le délai de trois mois, le contrat aurait été rompu entre le propriétaire et le nouveau locataire (art. 2.).

Le locataire qui prétend arguer de faux la déclaration sous serment prévue au paragraphe précédent devra agir dans un délai de quinze jours à partir de celui où il l'aura reçue. Mais l'action du locataire n'aura pas d'effet s'il ne verse pas à titre de caution dans la caisse des dépôts judiciaires, la somme qui sera fixée par le président du tribunal, dans un délai que celui-ci déterminera. Si la fausseté de la déclaration sous serment est prouvée, le bailleur, outre des sanctions pénales, sera contraint de renouveler à l'échéance le louage en cours pour la même durée et aux mêmes conditions que la location précédente (art. 3.).

Motifs graves du refus de relouer

Le bailleur peut s'opposer à l'exercice du droit de préférence, reconnu dans l'article deux, en produisant des motifs graves et justificatifs résultant du fait de la faute du preneur (art. 4).

Droit de reprise du propriétaire

Si le bailleur ne consent pas au renouvellement du bail, en déclarant vouloir user personnellement du local pour son propre compte, il ne pourra pas le

relouer avant l'expiration d'un délai de trois ans à partir de la cessation de la location préexistante. Exception est faite toutefois pour le cas de faillite du bailleur qui dirige lui-même son commerce : le louage aux tiers pourra alors être conclu avant l'expiration du délai de trois ans.

Sanction du droit de préemption : responsabilité solidaire du bailleur et du nouveau preneur

La contravention de la prohibition emportera la responsabilité *in solidum* du bailleur et du nouveau locataire, si celui-ci est de mauvaise foi, pour la réparation des dommages causés au locataire précédent par l'impossibilité où il a été d'exercer le droit de préférence (art. 5).

Indemnité de plus-value

Le locataire sortant a le droit d'obtenir du propriétaire une compensation pour la plus-value qu'il aura éventuellement procurée au fonds et de laquelle pourraient profiter le propriétaire ou le nouveau locataire qui continuerait à exercer le même commerce ou la même industrie, ou des commerces et des industries similaires. Une telle compensation ne sera due que si le locataire n'a pas voulu accepter l'augmentation de loyer demandée par le bailleur ou le propriétaire ; elle sera égale à l'augmentation de valeur dont la cause se trouvera dans l'exercice du commerce ou de l'industrie précédente.

L'indemnité ne pourra pas dépasser le quintuple de l'augmentation annuelle du loyer précédent (art. 6).

Le locataire devra restituer en tout ou en partie l'indemnité reçue par application de l'article précédent, si, dans un délai très rapproché et dans un endroit très éloigné, il peut établir à nouveau son commerce personnel (art. 7).

Indemnité de moins-value à la charge du locataire sortant

Le bailleur a le droit d'exiger une indemnité convenable du locataire qui lui rend son immeuble avec une valeur locative amoindrie par suite d'une mauvaise gestion de l'exploitation commerciale (art. 10).

Envisagé globalement, le système du droit de préemption consacré par ce projet ne diffère pas sensiblement du système du droit de préférence adopté en 1923 et en 1925 par notre Chambre des Députés. Il a sur ce dernier l'avantage de prévoir l'hypothèse d'une moins-value résultant de la mauvaise gestion du locataire sortant. Par contre, il comporte une procédure outrageante à l'égard du bailleur ; et cette procédure risque de donner lieu à la fraude consistant en de faux serments provoqués par de fausses offres, faites à l'instigation du locataire désireux de se voir maintenir, aux conditions précédentes, dans les lieux loués.

CHAPITRE II

Discussion des principales théories juridiques invoquées en faveur de la propriété commerciale Système du droit au renouvellement du bail

Les commerçants n'ont jamais dissimulé que ce qu'ils réclament sous le nom de propriété commerciale, c'est la consécration d'un droit non encore légalement reconnu. « C'est, en effet et évidemment, dit M. Puech, l'un de leurs plus ardents défenseurs au Parlement, un droit nouveau que nous voulons établir » (1).

Mais, désireux, sans doute, d'apaiser toutes inquiétudes et d'éviter toutes objections, de rendre plus acceptable et plus facile le triomphe de leurs revendications, ils ont toujours eu le souci de démontrer que loin d'être subversif du droit actuel ce droit nouveau y est contenu en germe, qu'il en est le complément logique, qu'il se borne à le faire évoluer dans un sens

(1) *Revue politique des idées et des institutions*, 15 avril 1925, p. 278.

conforme à notre législation et à notre jurisprudence.

C'est cette idée que, reprenant la formule de Saleilles « au delà du Code civil, mais par le Code civil » (1) M. Levasseur exprimait ainsi dans son premier rapport à la Chambre : « Nous sommes respectueux de tous les droits. Si nous avons l'espoir d'aboutir à trouver une formule qui puisse trouver place dans nos codes, c'est que nous nous inspirons exclusivement de l'esprit de justice, et pour modifier le code, dans une lacune qui nous parait évidente, c'est le code en mains que nous voulons discuter » (2).

En d'autres termes, les partisans de la propriété commerciale se sont préoccupés de prouver non seulement la nécessité pratique mais l'admissibilité juridique de l'intervention législative préconisée par eux. Ils font appel, dans ce but, à tout un luxe d'arguments variés et se recommandent, suivant les tendances propres à chacun d'eux, des principes de droit les plus divers.

A défaut d'une étude critique détaillée des innombrables systèmes parlementaires et extraparlementaires de réforme, nous nous proposons donc de développer et d'apprécier les théories qui ont été le plus souvent invoquées pour leur servir de base et de justification.

Au cours de l'exposé de ces théories, nous ne chercherons pas à décrire fidèlement le parti qu'en ont tiré pratiquement les divers projets ; nous envisage-

---

(1) Préface de la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, de Gény.

(2) Doc. parl., Ch., 1918, n° 5.100, p. 25.

rons ces théories en elles-mêmes, nous bornant à relater çà et là, pour en éclairer la compréhension, l'application qui en a été faite dans tel ou tel système. D'autre part, discutant uniquement leur valeur juridique, nous ne mentionnerons qu'à titre incident et exceptionnel les reproches qu'on peut leur adresser au point de vue de leurs conséquences économiques ou sociales.

Les projets relatifs à la propriété commerciale se rattachent à l'un ou à l'autre des systèmes suivants : système du droit au renouvellement du bail, systèmes indemnitaires fondés sur l'enrichissement sans cause ou sur l'abus de droit, système basé sur la théorie de la concurrence déloyale.

***

La conception d'un droit du commerçant locataire au renouvellement de son bail s'est imposée la première à l'attention des défenseurs de la propriété commerciale. Elle avait pour elle l'attrait de sa simplicité et ses garanties d'efficacité, l'avantage de résoudre du même coup et de la manière la plus péremptoire le problème de la sauvegarde de la clientèle et celui de la stabilité du fonds de commerce.

Cependant elle heurtait trop manifestement et trop brutalement les notions juridiques traditionnelles pour être acceptée sans appréhension ni résistance par les commerçants, plus intéressés et attachés que quiconque au maintien de l'ordre social. Aussi n'aurait-elle rencontré parmi eux aucune sorte de faveur

si deux influences n'avaient contribué puissamment à sa force de séduction.

La première est celle qui fût exercée par les réformateurs socialistes. Ce sont eux qui, travestissant le véritable aspect de la question de la propriété commerciale, se sont employés à la poser, pour les besoins de leur cause, sur l'unique terrain d'une opposition d'intérêts, ou plus exactement d'une lutte de classe entre locataires et propriétaires. Exagérant systématiquement le nombre et l'importance des abus dont souffrent ou sont menacés les locataires-commerçants, ils n'ont pas manqué d'en rejeter toute la responsabilité sur le propriétaire d'immeuble, de le présenter une fois de plus sous les traits hideux de M. Vautour, et de l'accuser de consommer, par ses déloyales spéculations et son despotisme exorbitant, la ruine du petit commerce.

Ayant ainsi fictivement grossi et envenimé le conflit entre les commerçants et leurs bailleurs, ils ont vu dans la nécessité de le résoudre l'occasion de livrer un nouvel assaut à la propriété immobilière ; et c'est cette évidente arrière-pensée qui les a poussés à préconiser, dans leurs diverses propositions de loi, l'attribution au locataire-commerçant d'un droit au renouvellement du bail.

Ces propositions, qui joignaient à leur apparente cohérence le mérite et la supériorité d'être au nombre des premières à entreprendre la défense de la propriété commerciale, ne pouvaient pas ne point susciter spontanément l'intérêt et la sympathie des milieux commerciaux. Aussi vit-on ces derniers réserver le

meilleur accueil à des systèmes d'inspiration nettement collectiviste : tel celui de MM. Deloncle et Desplas, députés, qui fut adopté par soixante-six syndicats, au cours d'une manifestation organisée le 3 décembre 1913 au Trocadéro.

Néanmoins, ces premiers succès n'étaient pas voués à un long avenir. Apercevant peu à peu la périlleuse tendance des idées émises par les socialistes et inquiets du zèle intempestif de ces défenseurs inattendus et suspects de la propriété commerciale, les commerçants ne tardèrent pas à repousser leurs projets. Ceux-ci se heurtèrent d'ailleurs, au Parlement, à une opposition de plus en plus nette et finirent par être catégoriquement rejetés.

Le système socialiste du droit au renouvellement du bail paraissait ainsi complètement abandonné. Mais une influence nouvelle et imprévue devait bientôt le sauver de l'oubli et de la désaffectation et lui donner un regain d'importance et de crédit. Cette influence est celle qu'a eue sur les esprits, à partir de la guerre, la législation générale des loyers.

On sait que, depuis 1914, poussés par les impérieuses nécessités de la défense nationale et de l'ordre public, le Gouvernement et le Parlement ont accordé aux locataires, par une série de décrets et de lois, des prorogations de loyers sans cesse renouvelées, leur permettant de rester dans les lieux loués après et malgré l'expiration de leurs baux. Ces mesures, exorbitantes du droit commun, s'imposaient, à titre exceptionnel et provisoire, dans l'intérêt supérieur de la paix sociale et se trouvaient, de ce chef, surabondamment

justifiées. Mais certains auteurs ont cru devoir en démontrer, au surplus, le bien-fondé théorique ; ils ont tenté de prouver, à l'aide d'arguments plus ingénieux que probants, l'admissibilité juridique de la prorogation; et ils ont échafaudé, à cette occasion, une théorie reconnaissant au législateur le droit d'intervenir, d'une façon générale et permanente, dans les situations contractuelles pour y rétablir l'égalité et la justice.

Est-il surprenant qu'à leur tour les commerçants se soient demandés si cette prorogation des loyers ne contenait pas en germe la solution de l'avenir en matière de propriété commerciale. Facilement accoutumés, puisqu'elle leur était favorable, à la limitation législative de la force des contrats et séduits par l'argumentation doctrinale formulée en sa faveur, ils n'hésitèrent donc pas à réclamer désormais, au nom de cette même équité que d'aucuns avaient invoquée pour justifier la restriction de la liberté des bailleurs, un droit définitif au renouvellement de leurs baux.

C'est cet état d'esprit que M. Morand décrivait et critiquait en ces termes, au cours des débats de 1920 au Sénat (1) : « Peut-être ne s'abstrait-on pas suffisamment en cette matière des tendances législatives de la période anormale qu'a été la guerre... Il semble que cette situation faite pendant la guerre aux propriétaires d'immeubles, loin de leur attirer une sorte de neutralité bienveillante de la part des locataires, a bien plutôt habitué ceux-ci à considérer le droit de

(1) Doc. parl., Sénat, 1920, n° 262, p. 251.

propriété comme susceptible de subir de nouvelles atteintes et d'être soumis à de perpétuelles restrictions ».

Toutefois, comme il était difficile, devant les légitimes objections des propriétaires et de leurs défenseurs, de ressusciter dans sa rigueur primitive le droit au renouvellement du bail, les commerçants se rallièrent à un système qui, tout en consacrant le principe du renouvellement obligatoire, en atténue sensiblement les outrances en le déclarant transformable en une simple obligation d'indemnité mise à la charge du bailleur. C'est ce système mitigé qui a été adopté par la Chambre des Députés dans ses propositions de loi de 1919, 1923 et 1925.

La théorie du droit au renouvellement du bail commercial se présente donc sous deux aspects distincts que nous allons successivement examiner : la théorie du droit strict au renouvellement et celle du droit au renouvellement convertible en un droit à indemnité.

SECTION I

Système du droit strict au renouvellement

La plus ancienne et la plus pure expression de la thèse du droit strict au renouvellement du bail se trouve dans la proposition de loi de M. Lauche, déposée à la Chambre le 19 décembre 1912. Après avoir dénoncé les injustices dont les bailleurs se rendent coupables envers leurs locataires-commerçants, M. Lauche déclarait dans son exposé des motifs :

« La propriété a des limites et elle doit en avoir quand l'intérêt commun l'exige. La loi n'hésite pas, par ailleurs, à imposer des garanties, des servitudes, et elle doit intervenir lorsque de pareilles atteintes sont possibles ».

En conséquence, il rédigeait ainsi son article premier : « Tout locataire d'une boutique, usine ou chantier et en général de tout local industriel ou commercial conserve en fin de bail nouveau ou renouvelé un droit en principe au renouvellement dudit bail pour une égale durée et aux mêmes charges, clauses et conditions ».

La même conception fut reprise, avec quelques variantes, par MM. Deloncle et Desplas, dans leur proposition du 20 mars 1913, et défendue par la Commission du commerce de la Chambre au cours des débats de mars 1919.

Deux considérations nous dispensent de faire une critique très approfondie du système du droit strict au renouvellement du bail.

Et d'abord, une considération de fait. Ce système a et aura toujours contre lui non seulement les propriétaires mais les commerçants eux-mêmes qui, espérant plus ou moins confusément devenir un jour rentiers et propriétaires, sont les adversaires résolus de toute entrave à la propriété immobilière. En outre il n'a jamais été sérieusement pris en considération au Parlement et n'a encore été adopté par aucune des propositions de loi jusqu'alors votées à la Chambre ou au Sénat. C'est dire qu'il a peu de chance d'être consacré par une loi.

Il porte atteinte, d'autre part, à des principes juridiques si solidement établis que nous croyons superflu d'en défendre contre lui la légitimité et l'utilité, déjà démontrées d'ailleurs, en d'autres occasions, par des maîtres mieux qualifiés que nous. Son application nécessiterait ou préparerait certainement la perturbation de notre état social. C'est, à n'en pas douter, ce que souhaitent ses auteurs.

Sans doute ils se bornent le plus souvent à affirmer qu'« ils ne peuvent rester indifférents à l'écrasement de la propriété commerciale par la propriété du capitaliste et du rentier (1) ». Mais ils ont laissé apercevoir plus d'une fois leur volonté profonde de détruire, au moyen de cette lutte de deux propriétés, la propriété tout court et leur désir de s'attirer, dans ce but, le concours des petits commerçants. C'est le député Jean Bon qui déclarait au sujet de la proposition votée par la Chambre le 13 mars 1919 : « C'est un démembrement de la propriété primitive. Je ne demande pas mieux. Nous la ferons tellement évoluer que nous finirons par la renvoyer d'une chiquenaude dans le néant d'où elle n'aurait jamais dû sortir. Avant de la lancer dans le tourbillon final, dont nous nous chargeons, vous commencez par lui faire faire un petit tour de valse. Continuez ; pour moi je battrai la mesure et vous jouerai l'aria ». Et un autre député socialiste, M. Paul Aubriot, dans une interpellation sur la crise des loyers, s'exprimait en ces termes, à la séance de

(1) Proposition de loi présentée le 19 décembre 1912 par MM. Lauche et ses collègues, députés. Exposé des motifs (Doc. parl. Chambre, sess. extr., annexe n° 2422, p. 254).

la Chambre du 23 février 1912 : « C'est une chose singulière, messieurs, de voir que les petits commerçants, à Paris en particulier, ces petits commerçants auxquels on présente perpétuellement le socialisme comme un épouvantail et auxquels on essaie de faire croire que leur sécurité et leur condition réside dans le capitalisme, ne s'aperçoivent pas qu'ils sont tous les jours victimes du développement même du capitalisme ».

Nous ne suivrons pas les réformateurs socialistes sur ce terrain singulièrement plus politique que juridique.

Néanmoins, comme ils ont eu le souci — peut-être surtout l'habileté — d'invoquer à l'appui de leur thèse non pas leur conception subversive de l'ordre public actuel, mais des raisons tirées du droit et de l'équité, il convient de souligner brièvement la fragilité et l'impuissance de leur argumentation, en confrontant le système du renouvellement obligatoire du bail avec trois principes essentiels de notre législation : le droit de propriété, la liberté des conventions et le caractère temporaire du contrat de louage d'immeuble.

I. — Le droit strict au renouvellement et le droit de propriété

Nous n'entreprendrons pas de défendre ici la propriété immobilière. Laissant aux économistes le soin d'en discuter, nous constatons simplement qu'elle existe dans tous les pays civilisés, qu'elle est protégée par tous les Codes et que, quelque sort que l'avenir

lui réserve, elle constitue encore le fondement de notre régime social.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que la plupart des défenseurs de la propriété commerciale ont tenu à protester de leur respect à l'égard du droit de propriété, proclamant en termes formels et répétés qu'il devait demeurer hors de cause. Ainsi en témoignent, entre tant d'autres, les professions de foi suivantes faites à la Chambre des Députés avant le vote de la proposition de loi du 8 juin 1923 : « Nous avons, dit M. Louis Rollin, le plus grand respect de la propriété, et en particulier de la propriété immobilière ; et si nous avions à son égard de nouvelles intentions, ce serait bien plutôt de multiplier les formes de la propriété et le nombre des propriétaires que de lui porter atteinte (1) ». M. Victor Constant rappelle que la propriété est « la consécration des efforts et la cristallisation de la fortune laborieusement et honnêtement acquise »; et il ajoute : « Dans l'esprit de ceux qui viennent aujourd'hui apporter leur collaboration à une œuvre législative, il n'entre aucun désir, ni lointain ni caché, d'attenter au droit de la propriété tout court (2) ».

M. A. Levasseur, lui-même, bien que socialiste, a affirmé nettement, dans ses deux rapports à la Chambre, l'absence en son esprit de toute visée malveillante envers la propriété bâtie : « On ne saurait, dit-il, sans injustice, nous accuser de faire une œuvre

---

(1) Déb. parl. Ch. 1923, n° 52 ; *J. O.*, 20 mars 1923, p. 1633.
(2) Déb. parl. Ch. 1923, n° 52 ; *J. O.*, 20 mars 1923, p. 1636.

de tendance, inspirée par des doctrines. Notre désir n'est pas, comme on l'a prétendu, de faire apporter dans nos lois une modification qui favoriserait une catégorie de citoyens, c'est-à-dire les commerçants et industriels, au détriment d'une autre catégorie, en l'espèce les propriétaires » (1). Dans son rapport de la session de 1922, il précise encore sa pensée : « Ces deux propriétés (immobilière et commerciale), différentes quant à leur mode d'exploitation, sont analogues quant à leur origine... L'une et l'autre sont également justes, car elles apparaissent comme la récompense de l'initiative et du labeur... Elles ont donc également droit à la protection de la loi » (2).

Or il suffit d'examiner la consistance du droit strict au renouvellement du bail pour se rendre compte qu'il porte une atteinte flagrante au droit de propriété du bailleur et qu'aucune raison valable ne justifie une pareille atteinte. C'est ce qu'expose, en ces termes excellents, M. Julliot de la Morandière, dans son remarquable rapport à la Société d'études législatives (3).

« Imposer au propriétaire un locataire dont il ne veut plus, c'est tout d'abord aller à l'encontre du droit de propriété, tel qu'il est défini par le Code civil. D'après l'article 544, le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière

---

(1) Rapport déposé le 22 octobre 1918, doc. parl. Ch. 1918, n° 5100 (Annexe au procès-verbal de la séance du 22 octobre 1918, p. 24).

(2) Rapport déposé le 16 février 1922, doc. parl. Ch. 1922, n° 3910 (Annexe au procès-verbal de la séance du 16 février 1922, p. 6 et 7).

(3) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1923, n° 2, p. 294 sq.

la plus absolue, pourvu que l'on n'en fasse pas un usage contraire aux lois et aux réglements. Nul ne peut par suite être contraint de conserver chez soi dans sa propriété un individu dont le bail est expiré. Établir le contraire, c'est exproprier en partie le propriétaire de son droit, malgré le principe que nul ne peut être obligé de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique, c'est créer au profit du locataire commerçant un démembrement de la propriété, un droit réel nouveau, une véritable servitude à caractère personnel et de tendance perpétuelle...

« On insiste cependant et l'on se défend de vouloir apporter au droit de propriété« une brêche qui pourrait bien être le premier symptôme de l'effondrement total ». L'on prétend même se poser en champion de l'idée de propriété.

« Le sophisme est ingénieux. La propriété immobilière n'est pas absolue, elle comporte des restrictions que la loi apporte dans l'intérêt général (concessions des mines par l'État, servitudes légales, réglementations administratives dans un but de défense nationale, d'hygiène, de sécurité, d'embellissement des villes, etc...). Or dans le cas qui nous occupe, il s'agit en effet de limiter le droit exclusif du propriétaire d'immeuble, mais dans quel intérêt? Dans l'intérêt même de la propriété, de la propriété que possède le commerçant sur son fonds de commerce. Et ici apparaît toute l'habilité de choix de cette expression « Propriété Commerciale ». En réalité, dit-on, il y a conflit entre deux propriétés, celle du commerçant sur son fonds est aussi respectable que celle

du bailleur sur son immeuble, elle est aussi juste, aussi utile. Pourquoi trancher ce conflit uniquement et toujours en faveur de la propriété immobilière ? Il faut au contraire éviter que le petit patron arrivé peu à peu à l'aisance par ses efforts de chaque jour, ne se voie brutalement privé de sa « propriété commerciale » et pour cela, il faut limiter le droit du bailleur propriétaire en conférant au locataire commerçant un droit de renouvellement.

« La réponse est facile. En réalité il n'y a pas de propriété commerciale perpétuelle...

« Il n'y a pas de « propriété commerciale » perpétuelle : le mot est joli, imagé, il frappe, mais il est inexact. Le commerçant à un droit sur son fonds de commerce, mais ce droit n'est pas un véritable droit de propriété, rentrant dans la définition traditionnelle de celui-ci...

« En admettant même, en effet, que le fonds de commerce puisse constituer par lui-même un bien indépendant des éléments qui le composent, quel sera le caractère de ce bien ? Consistant dans le lien économique et intellectuel qui unit les diverses parties matérielles du fonds, comprenant lui-même certains droits de nature incorporelle, ce bien ne peut être qu'un bien incorporel. Or on ne peut parler de propriété à propos de biens incorporels que par un abus de langage, une extension de la notion de propriété. La propriété, avec ses caractères essentiels, *usus*, *fructus*, *abusus*, avec son essence perpétuelle, a été construite pour les choses matérielles : on ne peut en appliquer sans examen la notion à des conceptions intellectuelles, à des valeurs incorporelles.

«Le point capital à mettre en relief est en effet le suivant : le droit du commerçant sur son fonds de commerce n'est pas un droit véritable de propriété : mais en admettant qu'on pût juridiquement le qualifier tel, ce droit n'a qu'un carctère temporaire dans la mesure où il dépend du droit au bail. Si vraiment la vie du fonds de commerce dépend du local et du droit au bail, c'est que cette vie était par nature limitée. La propriété commerciale a été construite sur un terrain peu solide : mais le commerçant le savait, en s'installant, en louant un magasin, il savait qu'au bout d'un certain délai fixé, il serait peut-être obligé de partir : cette instabilité même a été, a dû être dans ses prévisions : propriété, si l'on veut, mais propriété qui dès son origine avait un caractère temporaire. Donner un droit au renouvellement du bail, viser à la perpétuité, ce n'est pas consolider un droit acquis, protéger une propriété existante, c'est ajouter un droit nouveau dans le patrimoine du commerçant. Son fonds, dans la pratique, avait une valeur mesurée à la longueur du bail qui lui avait été consenti : il le savait, ses créanciers le savaient, ils lui ont fait confiance en conséquence. Proroger légalement le bail, c'est accorder au fonds immédiatement une valeur beaucoup plus considérable, c'est en doubler peut-être la valeur, c'est faire un cadeau gratuit au détriment des propriétaires et cela malgré les conventions jadis échangées.»

II. — Le droit strict au renouvellement et le respect des conventions

Contraire au droit de propriété, le droit au renouvellement du bail est également incompatible avec le principe du respect des conventions légalement formées. Nous en empruntons encore la démonstration au rapport de M. Julliot de la Morandière.

« Ces conventions font, nous dit l'article 1134, la loi des parties : le bail avait été signé, par exemple, pour 3, 9 ou 12 ans ; le locataire à l'expiration de ce terme s'est engagé, c'est une des obligations découlant pour lui du contrat, à remettre au bailleur l'immeuble dont il avait la jouissance. Il doit, à moins d'un nouvel accord de volontés, exécuter son engagement. Si la loi vient lui donner un droit au renouvellement, elle vient en réalité déchirer le contrat qui avait été signé dans le passé, elle vient pour l'avenir dire au propriétaire que les baux à durée déterminée sont désormais pratiquement interdits, qu'il ne pourra plus y avoir que des locations dont la durée dépendra uniquement du gré du locataire.

« Sans doute la législation offre bien des exemples de cas où le législateur refuse d'accorder effet à la volonté des parties, mais elle ne le doit faire que dans des hypothèses exceptionnelles où un intérêt public évident est en jeu. En dehors de cela la reconnaissance des promesses échangées est encore la règle de droit naturel la plus certaine, la règle de droit positif la plus indispensable aux relations sociales : c'est le fondement même des rapports entre les

hommes, des rapports commerciaux principalement.

« Les partisans du droit au renouvellement sentent bien la force de cette objection et ils essaient de la tourner. « Le droit au renouvellement, dit M. Levasseur dans son rapport de 1922, non seulement ne porte pas atteinte aux règles de notre législation et au principe de la liberté des contrats, mais encore ne fait que les mettre en œuvre ». Et il se fonde sur l'article 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Or le commerçant qui s'installe dans un local et y fait des frais entend bien qu'il y restera longtemps, plus longtemps que ne le comporte le contrat. Le bailleur, de son côté, en louant à un commerçant va bénéficier d'un certain nombre d'avantages, notamment en général d'un loyer plus élevé : « En compensation et par le seul fait qu'il accepte un preneur qui ne pourra déménager à l'expiration du bail sans s'exposer à de grosses pertes, sinon à la ruine complète, il prend en lui-même l'engagement de le conserver aussi longtemps que les circonstances le permettront... En réalité, il a été entendu, expressément ou implicitement, que le bail serait renouvelé aux mêmes conditions ou à des conditions équitables ».

« Ce raisonnement est, d'évidence encore, plus ingénieux que concluant. Sans doute, il faut rechercher ce que les parties ont voulu dire, plutôt que de s'en tenir à ce qu'elles ont dit et souvent mal dit. Mais quand leur pensée est claire, non douteuse, il n'y a pas

place possible pour une interprétation qui ne peut être que de l'arbitraire. Un bail est conclu pour neuf ans, il n'y a pas à chercher autre chose, il cesse au bout de neuf ans. S'il avait été dans l'intention des parties qu'il en fût autrement, elles l'eussent dit, elles auraient conclu un bail de neuf ou dix-huit ans, avec faculté de dénonciation à l'expiration de l'une des périodes. Si elles ne l'ont pas fait, c'est qu'elles ont voulu se réserver une entière liberté au terme du délai fixé : peut-être le preneur, surtout s'il fait des installations luxueuses, espère-t-il obtenir un renouvellement ; s'il est prudent, il amortira ses frais pendant la durée de son bail. En tous cas, le bailleur, sans avoir l'idée de le mettre à la porte, entend conserver la liberté de profiter de circonstances favorables et garde, dans la plupart des cas, l'espoir d'obtenir de son locataire actuel où d'un autre, un prix plus rémunérateur encore. On ne peut donc invoquer une prétendue intention commune.

«Depuis quelques années, les circonstances impérieuses de la guerre, les bouleversements économiques survenus ont habitué les individus à ne plus tenir compte de leur parole. En matière de loyers, le législateur est à plusieurs reprises intervenu pour parer à une crise grave en bouleversant les contrats antérieurement passés. Si l'on voulait rattacher la réforme entreprise à cette législation de guerre, si l'on se contentait de prétendre que temporairement il importe d'accorder une nouvelle prorogation aux commerçants, la question prendrait un autre aspect : elle demeurerait discutable, mais pourrait être discutée.

Tel que le problème est posé, il prend une toute autre importance : c'est par une mesure définitive que l'on veut introduire dans notre législation le droit pour le locataire commerçant au renouvellement de son bail, en raison de l'importance toujours plus grande que le local prend dans la notion moderne de la maison de commerce. Il s'agit en réalité d'un bouleversement de nos conceptions juridiques. On peut désirer ce bouleversement, on peut considérer qu'il est imposé par les circonstances économiques, soit, mais alors il faut se placer résolument en face des conséquences auxquelles on aboutit : affaiblissement du droit de propriété, affaiblissement de la force obligatoire des contrats » (1).

III. — Le droit strict au renouvellement et le caractère temporaire du contrat de louage d'immeuble

Que le droit strict au renouvellement constitue une violation du bail lui-même, c'est ce qui résulte suffisamment des développements précédents, ainsi que de la simple lecture de l'article 1737 du Code civil, qui définit le caractère temporaire du contrat de louage d'immeuble.

Mais l'évolution du droit ne tend-elle pas à atténuer, sinon à supprimer ce caractère temporaire du bail, à donner plus de consistance et d'autonomie au droit du locataire ?

Certains défenseurs de la propriété commerciale

---

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1923, n° 2.

semblent avoir vu, dans les difficultés soulevées par le non-renouvellement des baux commerciaux, une occasion favorable à la reprise et au succès de la vieille théorie de Troplong sur la nature réelle du droit du preneur (1). Lorsque, par exemple, MM. Deloncle et Desplas demandent que « tout bail conclu entre un propriétaire immobilier et un locataire commerçant ou industriel... crée au profit du locataire un titre de propriété cessible au gré du preneur (2) », leur but évident est de consolider d'une manière générale le droit au bail, de lui attribuer une durée indéfinie, de lui reconnaître une vitalité indépendante du contrat qui le réglemente, de le soustraire et de le faire survivre, au moins dans la plus large mesure, à l'échéance prévue par la convention.

On sait que la thèse de la réalité du droit du locataire a été rejetée par le Code civil qui a refusé de reconnaître, en dehors des droits viagers d'usufruit, d'usage et d'habitation, des servitudes établies au profit d'individus sans l'être au profit d'un autre fonds. Elle a été, au surplus, définitivement condamnée par la Cour de cassation (Civ. 6 mars 1861, D. 61, 1, 117, S. 61, 1, 713).

Il faut convenir, sans doute, qu'elle est encore discutée en doctrine et se trouve défendue, sous une forme plus ou moins mitigée, par d'éminents auteurs. M. Planiol constate que le développement historique du droit et certains arrêts nous poussent à l'ad-

(1) Troplong, *Louage*, I, n° 5 et II, n° 473.
(2) Proposition déposée à la Chambre le 20 mars 1913, art. 1.

mettre (1). MM. Colin et Capitant résument en ces termes les principaux arguments qu'on peut faire valoir en sa faveur : « Rationnellement, tout d'abord, on n'aperçoit pas de raisons décisives pour établir une différence profonde entre deux sortes de jouissance qui se ressemblent à tant de points de vue, celle d'un locataire ou fermier, celle d'un usufruitier... Economiquement, le caractère de réalité, si on l'attribuait au droit du preneur, confèrerait à ce droit plus de solidité, plus de surface, en permettant notamment au preneur de l'hypothéquer. Cette solution serait préférable » (2).

Mais, à supposer même qu'une telle conception vienne à triompher en législation ou en jurisprudence, elle ne justifierait nullement l'octroi au locataire-commerçant d'un droit au renouvellement de son bail. Qui dit réalité, en effet, ne dit pas nécessairement perpétuité. A côté des droits réels perpétuels, il en est de temporaires, de viagers. Une servitude peut être créée pour un délai limité ; et, comme le dit M. L. Rigaud (3), s'il est de la nature du droit de propriété de persister tant que dure son objet, « le caractère temporaire n'altère pas le concept juridique de propriété ».

Quel que soit donc l'avantage que présenterait la réalité du droit du preneur, elle n'autoriserait en rien la perpétuité du domicile loué commercialement.

---

(1) *Traité élém. de droit civil*, 6e édition, t. II, n° 1711.

(2) *Cours élém. de dr. civil*, t. II. p. 510, 511.

(3) L. Rigaud, *Le Droit réel, histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912, p. 386 et s.

SECTION II

Système du droit au renouvellement convertible en un droit à indemnité

La thèse du droit strict au renouvellement du bail n'a jamais été prise en considération par le Sénat et s'est toujours heurtée à l'opposition de la majorité de la Chambre.

La Chambre des députés, toutefois, à la suite de laborieux et louables efforts entre les partisans et les adversaires de cette thèse, s'est ralliée par trois fois à des systèmes transactionnels qui paraissent, au premier abord, n'apporter que des atténuations au système du renouvellement obligatoire. Voici, en effet, les principes primordiaux posés par les trois propositions votées à la Chambre.

La proposition du 13 mars 1919 accorde au locataire-commerçant « un droit de priorité pour louer à nouveau, pour une durée égale à celle du bail en cours, les locaux qu'il occupe » (article 1). La proposition du 8 juin 1923 reconnaît au locataire-commerçant un droit de préférence pour relouer ; elle déclare que, lorsque le bailleur ou ses ayants cause demandent la relocation « le bailleur doit, en l'absence de motifs graves et légitimes, leur donner la préférence sur toutes autres personnes » (article 1). Enfin, si la proposition du 4 juin 1925 ne consacre pas, en une formule précise et synthétique, le droit de préférence, il

résulte de l'ensemble de ses articles qu'elle l'attribue au locataire-commerçant.

A ne considérer que les apparences, on croit reconnaître, sous ces formules nouvelles de « droit de priorité » ou « de préférence », l'ancien droit au renouvellement simplement débaptisé. Si l'on s'attache seulement à leur sens littéral, ces droits signifient, en effet, le droit d'être préféré, pour relouer, à tous autres compétiteurs, par conséquent le droit d'exiger la relocation. Mais, en dépit de cette analogie verbale, les droits de priorité ou de préférence n'équivalent nullement au droit au renouvellement.

Il est, avant tout, à remarquer qu'à la différence de ce dernier ils n'ont pas la nature d'un droit réel, s'imposant à l'immeuble, mais celle d'un simple droit personnel à l'égard du bailleur. Il ne s'agit plus que d'une obligation mise à la charge du bailleur.

Mais il y a plus. Les propositions de la Chambre apportent de si nombreuses dérogations et de si considérables accommodements à cette obligation de relouer du bailleur qu'elle est, en réalité, beaucoup plus apparente que réelle.

En premier lieu, elles déclarent expressément que, malgré le droit de priorité ou de préférence de son locataire, le propriétaire peut reprendre son immeuble pour l'occuper lui-même ; les textes de 1923 et 1925 ajoutent : « pour y établir ses enfants ou pour reconstruire l'immeuble » ; le texte de 1923 ajoute en outre : « ou s'il renonce à toute location en vue d'une utilisation commerciale ou industrielle ».

En dehors de ces exceptions limitativement déter-

minées, les propositions de la Chambre rendent inopérant le droit du preneur dans toute une catégorie d'hypothèses, puisqu'elles permettent au propriétaire d'évincer le locataire, en fin de bail, toutes les fois qu'il présente à son encontre des « motifs graves et légitimes » de ne pas relouer.

Il ne reste donc qu'une hypothèse où le droit de priorité ou de préférence peut s'exercer : celle où le propriétaire s'oppose au renouvellement du bail sans motifs ou sans motifs suffisants. Mais que décident alors les propositions de la Chambre ? Autorisent-elles le locataire sortant, par une action, un système d'astreintes ou tout autre moyen, à se faire maintenir dans le local et à y rester contre la volonté du bailleur ? Nullement. Si injustifié qu'il soit, le refus de relouer ne comporte, en tout état de cause, qu'une sanction pécuniaire. Il s'ensuit que le propriétaire est libre de mettre son locataire-commerçant à la porte, à la seule condition de lui verser une somme d'argent réparatrice.

En résumé, non seulement le droit de priorité ou de préférence est limité par de multiples restrictions mais, dans les cas mêmes où il joue, il dépend du propriétaire de l'annihiler, en indemnisant le preneur sortant. En dépit de la magie des mots, ce droit est surtout théorique, sans véritable efficacité, dénué d'application réelle. Pouvant se résoudre, au gré du bailleur, en un droit à indemnité, il ne défend pas les locataires-commerçants contre leur éviction et ne leur donne point, par suite, ce qu'il leur promet.

Loin de garantir le renouvellement des baux com-

merciaux, les propositions de la Chambre supposent donc, comme l'éventualité la plus normale, l'éviction du preneur ; et elles se bornent à déterminer surtout les compensations pécuniaires auxquelles ce préjudice peut lui donner droit.

Le système adopté par la Chambre des députés, dans ses trois propositions de loi est pratiquement, en d'autres termes, un système indemnitaire. La thèse du renouvellement obligatoire se trouvant dès lors éléminée, il s'agit uniquement, désormais, d'exposer et de discuter les diverses théories juridiques sur lesquelles peut se baser, et sur lesquelles a été basée en fait, tant par les propositions de la Chambre que par d'autres projets, une solution indemnitaire du problème de la propriété commerciale.

CHAPITRE III

Système indemnitaire fondé sur la théorie de l'enrichissement sans cause

Il est peu de projets relatifs à la propriété commerciale qui n'aient fait état, dans l'exposé de leurs motifs et leurs conclusions, de la théorie de l'enrichissement sans cause. A ne considérer que les propositions votées à la Chambre ou au Sénat, on constate que toutes se recommandent et s'inspirent de ce principe supérieur d'équité que « nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui ».

C'est de lui que dérive exclusivement l'économie de la disposition votée par le Sénat le 21 décembre 1920. C'est sur lui que se sont basés la Chambre en 1919, 1923, 1925, et le Sénat en 1924 (1), pour attribuer au commerçant congédié, à côté de l'indemnité d'éviction, sanctionnant une faute ou un abus de droit du propriétaire, des indemnités représentatives de la valeur

(1) Chambre des députés : texte du 13 mars 1919, art. 5 et 6 ; texte du 8 juin 1923, art. 7 et 8 ; texte du 4 juin 1925, art. 7 et 8 ; — Sénat : texte du 21 décembre 1920, art. unique.

économique dont le locataire sortant s'appauvrit au profit du bailleur ou du nouvel occupant.

Quelle que soit la variété des moyens pratiques préconisés par les divers systèmes de réforme pour adapter la notion d'enrichissement sans cause à la question du renouvellement des baux commerciaux, l'idée générale qui domine cette adaptation est la suivante : indépendamment et même en l'absence de tout caractère délictueux, le fait par lequel le propriétaire ou le locataire entrant bénéficie de la plus-value (achalandage et aménagements) incorporée à l'immeuble par le preneur sortant constitue un enrichissement sans cause et donne au négociant évincé le droit d'en poursuivre la répétition au moyen d'une action de *in rem verso*.

Avant de rechercher si la théorie juridique de l'enrichissement sans cause peut être appliquée ou étendue à la matière qui nous occupe, il convient d'en rappeler brièvement les notions essentielles.

NOTIONS GÉNÉRALES

La règle que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui », solennellement proclamée au livre 17 du Digeste (1), apparaît avant tout comme l'une de ces « lois non écrites » dont parle Aristote ; elle ne fait qu'exprimer le devoir de conscience qui nous prescrit de rendre à chacun le sien. Mais elle a, au surplus, la force d'une règle de droit et est soumise, juridic-

(1) *Nemo cum alterius detrimento locupletari potest* (L. 206 « Dig. De regulis juris », 50, 17).

tionnellement, à des conditions d'application déterminées.

Législation. — A la différence des Codes allemand, suisse et japonais, notre Code civil ne sanctionne pas par un texte précis et d'une portée générale l'obligation de ne pas s'enrichir au détriment d'autrui ; il se borne à la consacrer en de nombreuses hypothèses, notamment en matière d'impenses, d'accession et de récompenses entre époux (1).

Doctrine. — Ce sont ces dispositions éparses que les auteurs ont rapprochées et systématisées. Ils les considèrent comme les conséquences d'un même principe, fondamental et universel, qui, en raison de son évidence et de sa transcendance, n'avait pas besoin d'être expressément formulé par le législateur. Ce principe, disent MM. Aubry et Rau (2), possède intrinsèquement une force juridique suffisante pour fournir une base solide à des décisions judiciaires. « L'action » de *in rem verso* », dont on ne trouve au Code civil que des applications spéciales, doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient, d'aucune action naissant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ».

---

(1) C. civ., art. 861, 862, 1673, 1381, 1948, 2080, 2175 ; art. 554, 555, 570, 571, 577 ; art. 1437.

(2) Aubry et Rau, *Précis de Droit civil*, 4e édition, t. VI, p. 246.

« Il est vrai, disait Demolombe (1), que l'équité ne saurait à elle seule, sous un régime de lois codifiées comme le nôtre, devenir la source d'un droit, ni d'une obligation, si l'application n'en est pas consacrée par un texte. Mais de nombreux textes consacrent cette maxime, l'une des plus sacrées, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; et il n'y a, en une telle matière, rien d'excessif à dire que les textes qui la consacrent en sont seulement des applications démonstratives, et doivent être étendus à tous les cas semblables ».

Mais quel est le fondement de cette extension ? Quel est le critérium qui doit permettre d'accorder ou de refuser, suivant les cas d'espèce, l'action de *in rem verso* ?

Sur ce point l'accord est loin d'être fait entre les auteurs, et nous n'entreprendrons pas de discuter leurs diverses opinions. Au reste, si l'on estime, avec Pothier, que la règle « Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui » est d'origine et de portée coutumières, la méthode la plus sûre, pour en déterminer les conditions d'application, consiste à interroger à ce sujet la jurisprudence, expression fidèle de la coutume.

Jurisprudence. — C'est par l'arrêt de principe du 15 juin 1892 (2) que la Cour de cassation consacra pour la première fois la recevabilité de l'action de *in rem verso*. « Attendu, dit cet arrêt, que cette action, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir

---

(1) Demolombe, *Traité de Code Napoléon*, t. XXXI, n° 49.
(2) Cass. 15 juin 1892. *D.* 92, 1, 596 ; *S.* 93, 1, 281.

au détriment d'autrui, n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit... ».

Le principe ainsi posé fut depuis lors considéré, malgré le silence des textes, comme indiscuté dans notre droit. Les tribunaux l'appliquèrent sans hésitation et très largement. « Les derniers arrêts, écrit M. Rouast (1), ne révèlent plus l'incertitude du juge face à face avec le droit naturel ; ils se réfèrent à une formule qui résume les conditions de l'action *in rem verso* et ils appliquent cette formule comme si elle leur avait été imposée par le législateur ».

Complétant et rectifiant l'état premier de la jurisprudence, de nombreuses décisions judiciaires postérieures, confirmées par la Cour de Cassation (2), en sont venues à soumettre obligatoirement l'exercice de l'action de *in rem verso* aux conditions suivantes, également admises d'ailleurs par la doctrine : Pour qu'il y ait enrichissement sans cause donnant lieu à répétition, il faut et il suffit qu'un enrichissement du défendeur résulte d'un appauvrissement du demandeur, sans être justifié par un droit ou une cause légitime.

La théorie de l'enrichissement sans cause, ainsi

(1) L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile (*Revue trimest. de droit civil*, 1922, p. 37).

(2) Cass. 31 juillet 1895. D. 95, 1, 391 ; 18 octobre 1898. D. 99, 1, 105.

définie et circonscrite, permet-elle, comme le prétendent les défenseurs de la propriété commerciale, de résoudre, au moins partiellement, le problème du renouvellement des baux commerciaux ? Autorise-t-elle l'octroi au locataire-commerçant évincé en fin de bail d'une indemnité fondée sur un enrichissement sans cause, soit du bailleur, soit du nouveau preneur ? C'est ce qu'il s'agit, à présent, d'examiner.

SECTION I

Droit à indemnité fondé sur un enrichissement sans cause du bailleur

Presque toutes les propositions de loi sur la propriété commerciale admettent et réglementent l'exercice, par le locataire sortant, de l'action de *in rem verso* contre le bailleur. Toute la question est de savoir si cette action remplit les quatre conditions indispensables auxquelles la jurisprudence subordonne sa réussite : enrichissement du propriétaire, appauvrissement du locataire, lien de causalité et absence de juste cause.

I. — L'enrichissement du bailleur

Il n'est pas douteux que certains cas de non-renouvellement du bail constituent, pour le propriétaire, le moyen de s'enrichir aux dépens du commerçant-locataire sortant. Il en est ainsi quand le bailleur profite de l'achalandage ou des embellissements créés par ce dernier, soit pour louer plus cher le magasin à un

concurrent, soit pour y prendre, en son nom ou à son compte, la succession du négociant évincé.

Mais il importe de ne point généraliser. Outre qu'il est des achalandages et des installations qui dépréciennent un immeuble plus qu'ils ne l'enrichissent, ce qui a été mis en valeur par le travail du commerçant, ce n'est pas l'immeuble lui-même, c'est sa jouissance, et une forme particulière et limitée de jouissance, celle résultant de l'affectation du local à un commerce identique ou similaire à celui du preneur sortant. La plus-value dont paraît bénéficier l'immeuble n'est appréciable qu'au regard du nouvel occupant désireux d'y vendre les mêmes marchandises que son devancier, que ce nouvel occupant soit le propriétaire ou un tiers commerçant. Elle existe uniquement au cas d'avantages pécuniaires provenant de l'installation d'une semblable entreprise dans l'emplacement devenu vacant. Elle est nulle ou négligeable toutes les fois que le propriétaire donne désormais au local une destination bourgeoise, qu'il le reloue commercialement sans augmentation de loyer, ou qu'il y accueille un commerce tout autre que le précédent ; quel profit le bailleur pourrait-il devoir au locataire sortant s'il faisait succéder une pharmacie à une maison d'alimentation ou un café à une librairie ?

Il est donc excessif de prétendre, avec quelques défenseurs outranciers des intérêts commerciaux (1), qu'en tout état de cause la non-relocation s'accom-

---

(1) Cf. Proposition Georges Berry, présentée le 5 novembre 1912 ; Proposition Lauche, présentée le 19 décembre 1912.

pagne de la conservation injuste, par le bailleur, d'une valeur économique appartenant au locataire sortant. Alors même que la preuve contraire serait réservée, une telle présomption d'enrichissement, mise à la charge des bailleurs, serait inadmissible. L'enrichissement du propriétaire au détriment du locataire sortant n'est possible que dans une catégorie d'hypothèses limitativement déterminées ; et cet enrichissement est loin d'être réel dans tous les cas où il apparait possible, voire même probable. Seuls les éléments d'appréciation pratique afférents à chaque espèce concrète peuvent permettre d'aboutir à une certitude à ce sujet.

II. — L'appauvrissement du locataire sortant

A la différence de l'enrichissement du bailleur qui se trouve nécessairement conditionné par un ensemble de circonstances, l'appauvrissement du preneur semble résulter d'un très grand nombre de cas de non-relocation, même de ceux ou le commerce qui s'en va n'est pas remplacé par un commerce similaire.

Les rapporteurs de propositions de loi basées sur l'enrichissement sans cause n'ont pas manqué de présenter le non-renouvellement comme une menace constante de dépréciation ou de ruine pour le fonds du locataire-sortant. Cet appauvrissement, disent-ils, s'effectue en pure perte, sans avantage correspondant pour personne, lorsqu'aucun concurrent ne succède,

dans le local, au commerçant qui le quitte ; il profite, dans le cas contraire, au bailleur ou au preneur entrant ; mais toujours le négociant contraint de déménager est exposé à un appauvrissement.

L'examen des conséquences économiques du non-renouvellement des baux commerciaux nous a déjà fait apercevoir les graves difficultés qui assaillent les locataires-commerçants congédiés. Mais de là à considérer toutes ces difficultés comme des variétés d'enrichissement sans cause, il y a un abîme que nous ne saurions franchir aussi vite que d'aucuns le font.

Il s'agit maintenant, en effet, non plus de rappeler d'une façon générale les faits motivant les doléances justifiées des commerçants, mais de dégager de ces faits ceux-là seuls qui revêtent le caractère d'appauvrissements réels du commerçant-locataire et de rechercher le parti que ce dernier peut en tirer dans l'exercice de l'action de *in rem verso*. Les seules questions qui demandent ici une réponse sont les suivantes. En quoi consiste exactement le préjudice causé au locataire-commerçant par le non-renouvellement de son bail ? Dans quelle mesure ce préjudice constitue-t-il un appauvrissement, au sens précis où l'entend la théorie jurisprudentielle de l'enrichissement sans cause ? Comment le locataire-commerçant, demandeur à l'action de *in rem verso*, peut-il prouver pratiquement la réalité et l'étendue de son appauvrissement ?

a) Et d'abord en quoi consiste exactement le préjudice causé au locataire-commerçant par le non-

renouvellement de son bail ? Deux hypothèses principales peuvent être envisagées : (1)

La première est celle où le locataire sortant a la bonne fortune de pouvoir se rétablir dans le voisinage de son ancien local. Le dommage subi par lui est alors, sinon inexistant, du moins relativement restreint ; il se réduit aux débours du déménagement, aux dépenses de la réinstallation et à l'abandon ou aux frais d'enlèvement des constructions faites au siège primitif du fonds. Quant à la clientèle et à l'achalandage, éléments essentiels de son négoce, il lui est généralement facile de les conserver presque intégralement au prix d'une modeste publicité signalant aux acheteurs du quartier la nouvelle situation toute proche qu'occupe à l'avenir son commerce. Peut-être lui faut-il, il est vrai, soutenir désormais la concurrence d'un commerce similaire installé dans son ancien magasin ; mais il aurait eu à lutter contre une difficulté analogue si, ayant obtenu le renouvellement de son bail, il avait vu s'établir en face ou à côté de sa sa boutique un commerce identique au sien.

Imagine-t-on, au contraire, un locataire commerçant contraint de transporter son fonds dans un périmètre éloigné de son premier emplacement ? Le préjudice qu'il souffre de ce chef est évidemment plus grave que dans l'éventualité précédente, car, en

(1) Nous laissons de côté l'hypothèse où, par suite de la pénurie actuelle des locaux vacants, le locataire sortant ne trouve aucun local pour se réinstaller. Le préjudice qui en résulte est considérable, mais il n'est pas particulier au commerçant, et il n'est ni imputable ni profitable au bailleur. On ne saurait donc en faire état dans un système fondé sur la notion d'enrichissement sans cause.

dehors des sacrifices pécuniaires relatifs aux embellissements effectués dans l'immeuble, au déménagement et à la réinstallation, il doit renoncer à une fraction plus importante de sa clientèle et de son achalandage. Mais, en réalité, cette dernière perte est sensiblement moins étendue que les apparences le donnent à penser ; elle exige, pour être justement appréciée, quelques distinctions capitales qu'un observateur superficiel néglige ordinairement de faire.

Il y a lieu, en effet, le mot clientèle étant entendu comme le terme du genre, désignant l'ensemble des acheteurs, d'examiner séparément ce que deviennent les différentes espèces de clientèle après le non renouvellement du bail.

Par cela même qu'elle est attachée au commerçant lui-même, à ses qualités professionnelles et morales, à son savoir-faire, à la réputation de son nom ou de ses marchandises, la clientèle proprement dite, *strieto sensu*, la « personnal good wil » des Anglais, est destinée, par définition, à suivre le commerçant dans tous ses déplacements, et cela même si, congédié en fin de bail il ne réussit à se rétablir que loin de la région où il était connu. Qu'importerait-il, par exemple à ce glacier fameux de la rue de la Boétie, à Paris, de fermer son magasin pour s'installer sur la rive gauche ? Les gourmets qui connaissent l'excellence de ses produits et tous les acheteurs qu'attire leur renommée n'hésiteront pas à aller désormais s'approvisionner à son nouvel établissement. C'est là une vérité de bon sens que l'expérience ne cesse de corroborer.

Tout autre est le sort, en cas de transfert du fonds

de commerce, de cette clientèle de passage, que l'on qualifie couramment de « pas de porte ». Il est bien certain que les acheteurs accidentels, qui entrent en passant dans la première boutique leur offrant ce dont ils ont besoin, sans se préoccuper ni du nom ni de l'enseigne et sans connaître l'exploitant, s'adresseront, au cas de départ du titulaire d'un fonds, à son successeur vendant des marchandises identiques, comme à tout autre commerçant similaire se trouvant sur leur chemin. Aussi le négociant n'est-il pas suivi de cette sorte de clientèle lorsque son éviction en fin de bail le force à délaisser l'immeuble loué. Mais il bénéficie, par contre, dorénavant, d'une clientèle de passage analogue, de celle qui a l'habitude de faire ses achats dans le quartier de son second domicile. Il s'opère donc une sorte de compensation, au point de vue du pas de porte, entre la perte et le profit.

Entre ces deux catégories extrêmes de clientèle, clientèle exclusivement personnelle et pas de porte, il existe, comme l'on sait, une catégorie intermédiaire, l'achalandage, c'est-à-dire l'ensemble des acheteurs principalement attachés à la situation topographique du fonds de commerce. Ce ne sont pas, pour autant, de simples passants, ou les seuls habitants du quartier ; ils viennent souvent de très loin ; s'ils sont attachés, au domicile commercial, c'est qu'ils y ont été attirés par une foule d'éléments divers parmi lesquels l'activité du commerçant entre pour une part plus ou moins importante. Mais le moment n'est pas encore venu de rechercher l'origine précise de

l'achalandage. Il suffit ici de noter qu'en fait il demeure lié au siège du fonds et d'en conclure qu'en principe, et à moins de réinstallation toute proche, il est complètement perdu pour le commerçant dont le bail n'est pas renouvelé.

En résumé le préjudice causé au locataire-commerçant par la non-relocation n'existe ni pour la clientèle proprement dite ni pour la clientèle de passage. Il se limite à l'abandon de l'achalandage, cet abandon n'étant que partiel lorsque le commerçant réussit à se rétablir à proximité de son ancien domicile.

b) Ainsi ramené à ses justes proportions, le dommage subi par le commerçant, du chef du non-renouvellement du bail, constitue-t-il un appauvrissement au sens strict du mot ? C'est qu'en effet le demandeur ne doit pas se borner, d'après la théorie de l'enrichissement sans cause, à allèguer un préjudice quelconque, une gêne, une difficulté, si grave soit-elle, il doit prouver son appauvrissement, c'est-à-dire la perte d'une valeur qui lui appartenait en propre. Or, est-ce bien là le cas du locataire-commerçant ?

Son appauvrissement n'est guère contestable en ce qui concerne les aménagements effectués par lui dans l'immeuble et qu'il y abandonne en quittant le local. Mais la question n'est pas aussi simple à résoudre quant à la partie de la clientèle dont le locataire sortant se déclare dépouillé. Cette question ne se pose pas pour la clientèle personnelle qui, quoi qu'il arrive, reste fidèle au commerçant. Elle ne se pose pas davantage pour la clientèle de passage, car, au cas même où il n'en trouverait point l'équi-

valent à son nouvel emplacement, il ne serait nullement fondé à s'en plaindre, en ayant profité jusqu'alors comme d'un avantage fortuit, dépendant de l'immeuble et qu'il ne lui appartenait ni de maintenir ni d'accroître.

Reste l'achalandage, qui se trouve nettement affecté par le non-renouvellement du bail, puisque son caractère localisé ne lui permet pas d'accompagner le fonds de commerce dans ses changements de domicile. Mais à quel titre et dans quelle mesure le locataire sortant peut-il se considérer comme appauvri de cet achalandage ? Pour se prétendre appauvri d'une richesse il faut avoir des droits sur elle. Quels droits le commerçant est-il en mesure de faire valoir sur l'achalandage qui lui échappe ?

Ce n'est pas, bien entendu, un droit de propriété. Un tel droit, en effet, ne saurait porter sur les chalands pris individuellement, car, s'ils fréquentent une boutique, ils demeurent entièrement maîtres, à n'importe quel moment, de n'y plus venir et de s'adresser ailleurs. Quant à l'achalandage lui-même, c'est-à-dire l'ensemble des rapports, continus ou accidentels, entre le commerçant et les chalands, c'est quelque chose d'insaisissable et de mouvant, comme l'intérêt et le goût du public ; c'est une réalité productive, mais qui se dérobe à toute appropriation ; c'est, en un mot, une pure situation de fait, dont le locataire-commerçant est libre de jouir et de tirer parti tant qu'il occupe l'immeuble, mais sur laquelle il ne peut revendiquer, après comme avant l'expiration du bail, aucun droit privatif.

Aussi bien, la plupart des défenseurs de la propriété commerciale, renonçant à la thèse difficilement soutenable de la propriété de l'achalandage, envisagent ce dernier tel qu'il est, comme une situation de fait. Mais, à les entendre, cette situation de fait est l'œuvre personnelle du locataire-commerçant ; c'est lui qui a « achalandé » son magasin, en attirant les acheteurs par ses efforts de publicité et la bonne qualité de ses produits. Puisqu'il en est ainsi l'auteur, l'achalandage lui appartient ; il y a droit, comme toute personne a droit au fruit de son travail. Or, poursuivent-ils, l'achalandage se transforme, après l'expiration du bail et le départ du locataire-commerçant, en une plus-value économique dont bénéficie l'immeuble ; mais cette plus-value est, de ce fait, le résultat du labeur du locataire sortant. Si donc elle ne lui est pas restituée sous la forme d'une indemnité, il la perd sans compensation et, par conséquent, s'en appauvrit.

Ce raisonnement comporte une part de vérité et une part d'erreur qui demandent à être soigneusement distinguées.

Le locataire-commerçant, dit-on, a créé l'achalandage incorporé à l'immeuble. Une remarque préalable s'impose. Il ne peut en être ainsi que dans l'hypothèse d'un premier occupant fondant une entreprise dans un local neuf ou qui n'avait pas encore été affecté à ce genre de commerce. S'il s'agit, au contraire, ce qui se produit couramment, d'un nouveau locataire exerçant le même négoce que son prédécesseur, l'achalandage n'est pas tiré du néant

puisqu'il était déjà constitué, tout au plus peut-il être maintenu ou développé.

Ce qu'on ne peut, en tout cas, raisonnablement soutenir, c'est que l'achalandage soit l'œuvre exclusive du locataire-commerçant. L'achalandage doit, en réalité, son existence et son importance à un certain nombre de causes, l'activité du commerçant en est une, mais il en est d'autres, souvent plus importantes, parfois prépondérantes.

Il en est qui tiennent à la situation de l'immeuble. Si le café de la Paix, à Paris, est aussi bien achalandé, cela provient avant tout du quartier où il se trouve.

Le propriétaire lui-même a pu exercer une influence appréciable sur la formation de l'achalandage, soit par le choix de l'emplacement, soit par les installations luxueuses ou les agencements heureux qu'il a faits dans l'immeuble.

Il existe enfin une quantité d'éléments dont résulte et dépend l'achalandage et qui sont également étrangers aux efforts du commerçant. C'est le mouvement de la population qui se porte principalement vers certaines artères. C'est le déplacement de l'activité commerciale qui se concentre dans telles ou telles régions, au détriment des autres; le Palais Royal, jadis si prospère, est désert aujourd'hui et les magasins ne s'y trouvent plus, le public lui ayant préféré les grands boulevards et les rues voisines de l'Opéra. C'est encore le développement d'un quartier, la facilité d'y accéder grâce au percement d'un boulevard ou à la création de moyens de locomotion rapides ; c'est la proximité d'une gare, d'une usine ou d'un

théâtre ; c'est la construction de nouveaux immeubles, l'ouverture d'un beau magasin, etc. (1).

Il s'en faut, on le voit, que le locataire-commerçant soit, à lui seul, l'auteur de tout l'achalandage. Il n'y peut revendiquer comme son œuvre que ce qui est dû à son action propre, à ses qualités personnelles. Et c'est à cette fraction d'achalandage que se réduit son appauvrissement.

c) Peut-on, du moins, prouver de façon concrète et irréfragable la réalité et l'étendue de cet appauvrissement ? C'est, dans la généralité des cas, chose pratiquement impossible.

Il faudrait, pour cela, dissocier nettement l'achalandage des autres espèces de clientèle et distinguer, dans l'achalandage même la part qui revient au commerçant et celle qui est due à d'autres facteurs. Or une telle ventilation n'est concevable qu'en théorie, et à la condition de s'en tenir à des calculs très approximatifs. En fait, elle est extrêmement délicate, étant donné qu'aucune cloison ne sépare les diverses variétés d'acheteurs et que les multiples causes de l'achalandage réagissent sans cesse les unes sur les autres. Aussi serait-il téméraire de vouloir faire le départ exact entre tous ces éléments d'appréciation. C'est pourtant la tâche qui s'imposerait obligatoirement au commerçant évincé désireux d'agir en répé-

(1) C'est l'idée qui a été développée par un député socialiste, M. Jean Bon, au cours des débats de 1919 à la Chambre : « Les débits de boissons, Maxim, le café Riche ou l'humble bistro : qu'est-ce qui fait leur fortune ? Est-ce que ce sont eux qui ont amené quatre millions d'habitants dans l'agglomération parisienne ? Non. » (*J. O.* 27 février 1919.)

tition d'enrichissement contre son bailleur : tâche confuse et presque toujours vouée à un échec, en dépit des longues et coûteuses expertises qui pourraient être ordonnées.

L'appauvrissement du locataire sortant n'est donc pas seulement relatif et conditionnel. Dans la mesure même où il est certain, il peut rarement faire l'objet d'une démonstration précise et péremptoire; ce qui diminuerait encore singulièrement l'utilité et la portée de l'action *de in rem verso* en matière de propriété commerciale.

III. — Le lien de causalité entre l'appauvrissement du preneur et l'enrichissement du bailleur

Pour qu'une action de *in rem verso* soit recevable, il ne suffit pas qu'il y ait appauvrissement rigoureusement établi du demandeur ; il faut encore que son appauvrissement ait eu pour effet d'engendrer un enrichissement corrélatif du demandeur. Cette condition se trouve remplie, à n'en pas douter, dans le cas typique du commerçant dépouillé de son achalandage, en fin de bail, par un propriétaire peu scrupuleux qui en profite pour relouer beaucoup plus cher à un concurrent. Par contre, le lien de causalité n'existe pas toutes les fois que le locataire sortant n'est pas remplacé, dans l'immeuble, par un nouvel occupant exerçant un commerce similaire. Il n'est plus question, alors de spoliation mais d'extinction de l'achalandage. Il y a bien appauvrissement du commerçant, mais sans qu'à cet appauvrissement corresponde, à titre de conséquence, un enrichissement quelconque du bailleur.

IV. — L'absence de juste cause

Nous arrivons enfin à la dernière mais, en vérité, à la plus impérieuse des conditions requises par la jurisprudence pour l'exercice de l'action *de in rem verso*. Il faut, décident les arrêts de la Cour de Cassation (1), que l'enrichissement soit sans juste cause.

La nature juridique de la « cause » de l'enrichissement a fait l'objet de célèbres controverses que nous n'avons pas à examiner (2). Nous prenons ici le mot cause dans son sens traditionnel, que définissent en ces termes MM. Colin et Capitant (3) : « Il signifie l'acte juridique qui explique, qui justifie l'acquisition d'une valeur. En d'autres termes, il faut que l'enrichissement ne puise pas sa source dans un acte juridique qui en légitime l'acquisition.

« Il est assez facile de préciser cette notion quand l'enrichissement s'est réalisé directement du patrimoine du demandeur à celui du défendeur. L'hypothèse type est celle du paiement de l'indû. Ici l'*accipiens* doit restituer, parce que le paiement qu'il a reçu du *solvens* est nul, faute de cause...

« Inversement, dans d'autres hypothèses en appa-

---

(1) Cf. Labbé, dans *S.* 93, 1, 281, et la note du *Dalloz*, 99, 1, 105.

(2) Georges Raynaud, *De l'action* « de in rem verso » *en droit français*, th., Paris, 1899. — Stoïcesco, *De l'enrichissement sans cause*, th., Paris, 1904. — Ripart et Tesseire, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français (*Revue trimestrielle*, 1904). — Poltzer, th., Paris, 1912. — Pierre Louis-Lucas, *Volonté et cause*, th., Paris 1918. — Rouast, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile (*Revue trimestrielle*, 1922, p. 35).

(3) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 1915, t. II, p. 408.

rence analogues aux précédentes, la loi refuse l'action de *in rem verso* à l'auteur des dépenses qui ont enrichi autrui, parce que cet enrichissement, bien que procuré directement par le patrimoine du *solvens* à celui de l'*accipiens*, se justifie par un acte juridique passé entre les deux parties en cause ».

Appliquons ces principes aux rapports entre le propriétaire et le locataire-commerçant à l'expiration du bail et recherchons si, tant au point de vue des installations faites dans l'immeuble que de l'achalandage, le premier s'enrichit sans cause aux dépens du second.

a) La première source d'enrichissement du bailleur consiste dans les agencements effectués et laissés dans le local par le preneur sortant. Mais cet enrichissement, s'il existe, n'a pas lieu sans cause. La cause, en l'espèce, est le contrat de location lui-même qui oblige le locataire, à l'arrivée du terme convenu, à restituer les lieux loués, sans qu'il puisse se faire payer le prix des améliorations incorporées par lui à l'immeuble.

C'est ainsi, du moins, que la majorité des auteurs interprète l'article 1730 du Code civil.

« Tel est le cas, disent MM. Colin et Capitant (1) pour le locataire qui a, pendant la durée de son bail, fait des travaux sur le fonds, en vue de faciliter ou d'augmenter sa jouissance et qui ne peut pas, à la fin du bail, réclamer d'indemnité au propriétaire, bien que celui-ci profite en définitive des travaux

(1) Colin et Capitant, *Cours élém. de dr. civil*, t. II, p. 408.

en question : la cause du refus de l'action, c'est que le propriétaire (à moins que le bail ne soit résilié avant sa date d'expiration normale par un fait non imputable au locataire) trouve, dans le contrat de location qui astreint le locataire à la restitution des lieux loués avec leurs adjonctions et embellissements, une juste cause d'enrichissement ».

« Quant aux simples améliorations ou embellissements, déclarent également MM. Aubry et Rau (1), le preneur ne pourrait en réclamer le prix au bailleur ; il n'aurait que la faculté de les faire disparaître à la condition de rétablir les lieux dans leur état primitif. »

Hors, donc, le cas d'une convention contraire insérée dans le bail ou d'une gestion d'affaires utile au propriétaire, le locataire n'a pas droit à indemnité pour les aménagements qu'il a faits dans l'immeuble ; il peut même être condamné à les démolir. L'avantage qu'ils procurent au bailleur est suffisamment « causé » et justifié par l'article 1730 réglementant l'extinction du bail.

Cette opinion s'appuie d'ailleurs sur une jurisprudence bien établie, notamment sur des arrêts décisifs de la Cour de cassation (2).

b) Un raisonnement analogue est applicable aux deuxième chef d'enrichissement du propriétaire, c'est-à-dire au profit qu'il peut tirer de la valeur économique incorporée à l'immeuble par l'achalandage du preneur sortant. Mais ici il y a lieu de distinguer deux hypothèses nettement différentes.

(1) Aubry et Rau, *Précis de droit civil*, 5e édition, vol. V, p. 286.
(2) Cassation, 13 janvier 1875 ; *S.* 75, 2, 265.

Si le propriétaire utilise directement et personnellement l'achalandage de son locataire en exerçant lui-même un commerce identique au sien dans les lieux devenus vacants, il ne fait plus œuvre de propriétaire; il doit être considéré désormais comme un commerçant et la question de savoir si son enrichissement est justifié par une cause sera examinée plus loin, à propos de l'enrichissement imputé au nouveau preneur exerçant un commerce similaire.

Seul nous intéresse présentement l'enrichissement réalisé, sous forme de plus-value locative de l'immeuble, par le propriétaire louant plus cher à un second occupant le local achalandé par l'exploitant primitif (1), car c'est uniquement dans ce cas qu'il agit dans l'exercice de son droit de propriétaire.

Or on ne peut nier qu'un tel enrichissement trouve sa cause légitime dans toute l'économie du contrat de louage d'immeuble. Le bail qui expire a eu pour effet, pendant les longues années qu'il a duré, d'interdire au propriétaire la libre disposition de son immeuble ; il est logique et juste qu'en guise de contrepartie il profite, une fois le terme échu, de la plus-value conférée au local par le travail du locataire sortant ; et, en dehors de la logique et de l'équité, son droit strict l'y autorise. Cette conclusion semble découler, du moins, par analogie, d'une constante jurisprudence.

Les tribunaux, en effet, en de nombreuses espèces

---

(1) A ce cas peut être assimilé celui où le propriétaire reloue le local sensiblement plus cher au locataire sortant, en considération de l'accroissement d'achalandage dont ce dernier se prétend l'auteur.

voisines, ont reconnu un droit de même genre au demandeur qui peut se prévaloir de l'existence d'un contrat régulièrement conclu. Citons seulement quelques exemples.

L'ouvrier agricole qui travaille au service d'un métayer ne peut pas, s'il n'est pas payé, se retourner contre le propriétaire qui touche la moitié de la récolte, car le propriétaire, bien qu'il s'enrichisse des fruits du travail de l'ouvrier, recueille sa part de récolte en vertu du contrat de métayage et en compensation des obligations que lui imposait ce contrat (1). Un entrepreneur ne peut se faire indemniser des travaux faits en plus du devis, parce qu'il a traité à forfait et que l'enrichissement de son client a ainsi sa cause dans le contrat passé, dans les risques assumés de part et d'autre (2). La compagnie d'assurances qui, en conformité avec la police, a fait reconstruire des bâtiments sinistrés, ne peut réclamer à l'assuré une somme représentant la différence de valeur du neuf au vieux, car le contrat d'assurance donne à l'assuré le droit de conserver cette valeur (3). Enfin, bien que la plus-value agricole ait un caractère plus tangible encore, plus acquisitif et plus définitif que la plus-value commerciale, la jurisprudence s'est toujours refusée, dans le même esprit, à accorder au fermier sortant une indemnité pour la plus-value qu'il a donnée à la ferme (4).

---

(1) Civ., 18 octobre 1898, D., 1899, 1, 105.
(2) Civ., 2 mars 1915, D., 1920, 1, 102.
(3) Req., 21 juillet 1903, D., 1904. 1, 181 ; S., 1904, 1, 21.
(4) V. note sous S., 1910, 1, 425.

A supposer, donc, que se trouvent réunies, malgré les difficultés théoriques et pratiques que nous avons signalées, toutes les autres conditions exigées pour le succès de l'action de *in rem verso* (appauvrissement du preneur, enrichissement du bailleur, lien de causalité) le locataire-commerçant serait impuissant à établir, à la charge du bailleur, l'existence de la condition primordiale, qui est le défaut de cause de l'enrichissement. Il ne peut, par suite, agir en répétition contre lui sans dépasser les limites dans lesquelles s'est enfermée jusqu'ici la théorie jurisprudentielle de l'enrichissement sans cause.

C'est ce qui explique qu'aucun procès basé sur la notion d'enrichissement sans cause n'ait encore été intenté par des locataires-commerçants, à propos des difficultés qui surgissent, en fin de bail, entre eux et leurs propriétaires. Si le droit commun suffisait à solutionner les litiges de cette sorte, les commerçants n'éprouveraient pas le besoin de les faire trancher par le législateur.

SECTION II

Droit à indemnité fondé sur un enrichissement sans cause du nouvel occupant

Les projets de réforme basant le droit à indemnité du locataire sortant sur l'idée d'un enrichissement sans cause du nouvel occupant sont assez rares. Aucun des projets d'initiative privée ou non adoptés au Parlement n'a tiré parti de cette idée, du moins

sous une forme précise et cohérente. Seules, parmi les textes votés au Parlement, les propositions de loi votées par la Chambre des Députés en 1919, en 1923 et en 1925 contiennent une disposition subsidiaire visant le locataire entrant qui s'enrichit de l'achalandage de son devancier, en exploitant dans le local un commerce similaire au sien.

On peut s'étonner que les défenseurs de la propriété commerciale aient uniquement ou principalement envisagé la question de l'enrichissement sans cause à l'égard du bailleur. Elle se pose, en réalité, avec beaucoup plus de force, de logique et de netteté dans les rapports entre le locataire sortant et son successeur ; et l'action *de in rem verso* dirigée contre ce dernier apparaît, du moins au point de vue purement théorique, singulièrement plus concevable et plus admissible que celle intentée contre le propriétaire.

En dehors, en effet, de l'appauvrissement du locataire, qui donne lieu aux mêmes difficultés de preuve qu'en matière de litige avec le bailleur on trouve ici suffisamment remplies les conditions requises par la jurisprudence de l'enrichissement sans cause.

Est-il besoin de dire qu'en principe il y a enrichissement du défendeur et lien de causalité avec l'appauvrissement du demandeur, toutes les fois que le nouvel occupant (locataire entrant ou propriétaire) exerce dans l'immeuble, un commerce identique ou similaire à celui de l'ancien locataire ? Tandis que le propriétaire ne s'enrichit que d'une manière indirecte et conditionnelle, sous la forme d'une plus-value, vague et incertaine, dont il n'est pas même sûr de

pouvoir tirer profit, le concurrent qui succède au commerçant congédié s'enrichit de façon tangible, immédiate et indiscutable. C'est lui qui fait un usage effectif des aménagements incorporés à l'immeuble. C'est lui qui recueille l'achalandage, sans qu'aucune interruption du commerce n'ait le temps d'en diminuer la valeur. Il y a vraiment déplacement d'une richesse, qui passe directement du patrimoine de l'ancien occupant à celui du nouveau, et ce dernier ne donne pas la contre-partie de cette prestation.

Quant à l'obligation qui s'imposerait au locataire sortant d'établir qu'en s'appauvrissant il a enrichi son successeur, cette preuve, pour être délicate, n'en est pas moins possible. La comparaison de ses livres avec ceux du locataire entrant permettrait d'apprécier la part qui lui revient dans la productivité du fonds qui a succédé au sien et le montant de l'indemnité compensatrice à laquelle il a droit.

La plupart des auteurs s'accordent à admettre l'existence ou, en tout cas, la possibilité de cet enrichissement du nouvel occupant. Certains, par contre, le justifient par la présence d'une cause légitime « La cause réside pour lui, dit M. Julliot de la Morandière (1) dans le contrat de bail qu'il vient de signer, plus exactement dans l'obligation qu'il assume de verser un loyer, lui donnant droit aux avantages résultant de la jouissance de l'immeuble ». Le locataire entrant se trouverait donc, en quelque sorte, subrogé, grâce au

(1) *Loc. cit.*, p. 321.

nouveau contrat de location, aux droits que nous avons reconnus au propriétaire sur la valeur économique conservée par son immeuble après l'expiration du bail.

L'opinion ainsi formulée ne manque pas d'une certaine force. Néanmoins elle n'est pas à l'abri de toute critique. Si le bailleur a la faculté de profiter de la plus-value locative que son immeuble a reçue de l'activité du locataire sortant, il n'en acquiert pas, pour autant, un droit patrimonial sur l'achalandage, source principale de cette plus-value. Il n'est pas en son pouvoir de le céder au nouveau preneur, n'en étant pas propriétaire au sens strict du mot, car il lui est interdit en vertu de la règle *nemo dat quod non habet* de transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. Aussi le fait, par lui, de louer le local plus cher au second locataire ne doit-il être nullement considéré comme l'équivalent d'une vente des agencements commerciaux et de l'achalandage du premier.

Le locataire entrant paraît donc mal fondé pour légitimer le maintien à son actif d'avantages dus à son prédécesseur, à invoquer, comme cause suffisante de son enrichissement, les droits qu'il tient de son bail. Cette sorte de fin de non recevoir est d'autant plus inacceptable que la convention passée entre le nouveau locataire et le bailleur n'est pas opposable au preneur sortant, étant, en somme, à son égard, *res inter alios acta*.

Pourtant, en dépit des sérieux arguments de droit et d'équité qui semblent en conseiller l'admission, l'action *de in rem verso* dirigée contre le nouvel occupant

n'aurait, en l'état actuel de la jurisprudence, aucune chance de réussite. Peut-être ne faut-il pas le regretter tout à fait, car, à côté d'avantages certains, cette action aurait le grave inconvénient de nuire à la sécurité du commerce. « On ne voudrait plus dans ces conditions dit M. Julliot de la Morandière (1) louer de local ayant déjà servi à un commerce similaire. On ferait peser par de tels procédés des risques trop sérieux et trop lourds sur les commerçants qui s'installeraient ».

SECTION III

Les intérêts de la propriété commerciale justifient-ils une extension de la jurisprudence de l'enrichissement sans cause ?

Il appert de l'examen de la théorie de l'enrichissement sans cause que cette théorie, telle qu'elle a été conçue et délimitée par la jurisprudence, ne peut être utilement invoquée en la matière que nous étudions, qu'elle ne suffirait pas à fonder un système pleinement protecteur des intérêts de la propriété commerciale.

Mais un dernier problème se pose alors qu'il nous reste á résoudre. Si les locataires-commerçants ne trouvent dans l'action *de in rem verso* qu'une arme illusoire et inopérante pour la défense de leurs légitimes revendications, n'y a-t-il pas lieu d'en assouplir, à leur usage, les conditions d'ouverture ? N'est-il

(1) *Loc. cit.*, p. 321.

pas désirable qu'usant désormais d'un plus libre pouvoir d'appréciation, les juges assimilent à l'enrichissement sans cause tous les faits de spoliation de clientèle présentant un caractère véritable injuste et immoral ? Et ne serait-il pas opportun qu'élargissant le champ d'application de l'action en répétition, le législateur organise et réglemente son exercice, par le preneur sortant, à l'encontre de ceux qui s'emparent directement ou indirectement, des fruits de son activité ?

Qu'il y ait d'appréciables progrès à réaliser dans cette voie, grâce à une meilleure utilisation de l'action *de in rem verso*, c'est ce que personne ne conteste. Encore faut-il ne point se dissimuler que la notion d'enrichissement sans cause n'est pas indéfiniment extensible et qu'on ne peut, sans en fausser le sens juridique et en bouleverser la portée pratique, lui faire déborder certaines frontières.

Et d'abord, sous prétexte d'appliquer plus rigoureusement la maxime « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui » il serait excessif et déplorable de la prendre au pied de la lettre et de pourchasser, en conséquence, sans discernement ni modération, tout profit retiré d'autrui, c'est-à-dire toute espèce d'enrichissement.

Étant donné, en effet, l'interdépendance des hommes vivant en société, le perpétuel conflit de leurs entreprises, la divergence de leurs intérêts, le besoin qu'ils éprouvent de les défendre et de les concilier, la nécessité où ils sont de conclure des marchés plus ou moins égaux, l'équivalence forcément approxima-

tive des échanges de valeurs qu'ils effectuent entre eux, on ne peut sérieusement songer à établir la répartition exacte des avantages résultant du fait de chacun. Où serait la sécurité sociale, si nous pouvions être astreints, à tout moment, à rendre compte des moindres accroissements que notre patrimoine doit à l'activité d'autrui ? Et que deviendrait la prospérité économique d'un pays, si l'on condamnait toute spéculation quelle qu'elle soit ? Cette dernière demeure, en dépit des abus répréhensibles qu'elle peut engendrer, le ressort profond de l'effort humain, le principal stimulant de toute initiative féconde.

C'est ce dont conviennent MM. Ripert et Tesseire, auteurs d'une théorie, pourtant très large, sur l'enrichissement sans cause, en reconnaissant que « dans le frottement nécessaire des activités que suppose la vie en société, chacune d'elles affecte les autres, en augmente ou en affaiblit la force. On ne peut pourtant pas songer à récupérer avidement tous les avantages que l'on procure à autrui. Il y a donc une limite minima au dessus de laquelle le principe ne s'appliquera plus » (1).

A cette limite doivent s'arrêter les revendications des locataires-commerçants. Il y aurait exagération, de leur part, à vouloir se faire rembourser l'absolue intégralité de l'achalandage dont les appauvrit le non-renouvellement de leur bail. Cette prétention ne manquerait pas, d'ailleurs, d'en autoriser d'autres,

---

(1) Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français (*Rev. trimest. de droit civil*, 1904, p. 791, 792).

restrictives des leurs. Certaines ont été déjà nettement formulées. Telles sont celles exprimées, en 1913, par l'Union syndicale nationale des voyageurs et représentants de commerce. Dans le « rapport moral » présenté, en 1913, à l'Assemblée générale de ce groupement, se lisent les lignes suivantes :

« ... Il y aura lieu également d'envisager la question de la propriété de la clientèle pour la catégorie des voyageurs et des représentants à la commission qui créent de leurs efforts et de leurs deniers un capital clientèle à certains exploiteurs qui les congédient, sans autre forme, une fois le résultat acquis à leur profit ».

Examinant cette extension imprévue de la notion d'enrichissement sans cause, Me Joseph Guerin l'appréciait en ces termes : « La revendication des droits individuels est un chapitre qui n'a pas de fin. Après que les commerçants auront acquis un droit nouveau sur la clientèle attachée à l'emplacement de leurs boutiques, pourquoi la propriété commerciale, à son tour, ne serait-elle pas discutée, révisée et amputée, elle aussi, au profit des courtiers, des représentants, des employés, voire même des consommateurs ? Les courtiers et représentants soutiendront qu'ils ont un droit de propriété sur la clientèle qu'ils procurent à leur patron. Ils demanderont au législateur de le reconnaître. Ils voudront en tirer bénéfice. Les employés émettront des prétentions analogues » (1).

Il convient donc de ne pas chercher à tirer d'un

(1) *La France immobilière*, 15 janvier 1914.

principe, juste en lui-même, des conséquences extrêmes qu'il ne comporte pas. Sur le terrain de la propriété commerciale comme en tout autre domaine, les intérêts supérieurs de la vie économique et de la paix sociale s'opposent à l'application outrancière de la vieille règle : *Nemo cum alterius detrimento locupletari potest* (1) ».

S'il est ainsi impossible d'obtenir la répétition de tout enrichissement, n'est-il pas souhaitable que soit admise, du moins, la répétition de tout enrichissement injuste ? « Ne pourrait-on, dit M. Paul Fournet (2), dans un but de plus grande équité, entendre le mot « cause » dans un sens un peu plus restrictif, et n'admettre comme cause suffisante et légitime d'enrichissement, que les contre-prestations ou les sacrifices matériels qui constitueraient l'équivalent économique sensiblement exact de l'appauvrissement du demandeur ?

« On peut penser à cet égard que l'emploi du mot cause qui a un sens défini en matière d'obligations contractuelles n'a pas été sans exercer une influence certaine sur l'orientation de la jurisprudence en notre matière ; quoi qu'il en soit, il semble bien que l'emploi de l'expression enrichissement injuste, déjà substituée à celle d'enrichissement sans cause par de nombreux auteurs, eût permis à notre jurisprudence d'assurer une application plus large au grand principe d'équité qui veut que nul ne s'enrichisse injustement au dépens d'autrui.

---

(1) 206 *Dig. De regulis juris*, L. 17.

(2) P. Fournet, *La Propriété commerciale*, thèse, Lille, 1925, p. 94.

« Il est assez fréquent que l'on puisse invoquer, pour justifier un enrichissement réalisé, l'existence d'une cause tout au moins apparente ; n'y aurait-il pas lieu d'exiger qu'elle soit la contre-partie exacte et équitable de l'appauvrissement du demandeur ? »

En application de cette idée, M. Paul Fournet estime que « la contre-partie exacte et seule possible du sacrifice du propriétaire, ce sont les loyers qu'il a reçus, et non le bénéfice extraordinaire qu'il va retirer du fait de l'exploitation d'un commerce déterminé dans son immeuble. En effet, cet enrichissement n'est pas la suite logique et équitable du contrat de bail, il est injuste, il doit être soumis à répétition ».

Nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître que la notion actuelle de cause couvre parfois de réels abus. Il n'est pas rare que certains défendeurs se prévalent d'un acte juridique parfaitement régulier pour justifier des actes d'enrichissement que la conscience réprouve. En ce qui concerne plus précisément les bailleurs d'immeuble, il en est qui, sous le couvert du contrat de louage, n'hésitent pas à recourir à des tractations déloyales, à des agissements scandaleux, tendant à dépouiller le locataire sortant de la valeur de son fonds de commerce. Et nous souscrivons pleinement au vœu invitant la jurisprudence à admettre le recours de l'appauvri « chaque fois qu'il pourra prouver que le fait ou l'engagement juridique allégué par l'enrichi n'est pas une cause juste, normale et prévue de son enrichissement » (1).

---

(1) P. Fournet, *op. cit.*, p. 95.

Mais ce vœu, qui s'inspire d'un louable souci d'équité, ne contient-il pas, en même temps, une large part d'illusion ?

Il est indispensable, en effet, de ne pas confondre le point de vue moral et le point de vue juridique de la notion d'enrichissement injuste. La règle *cuique suum*, entendue dans la plénitude de son sens, ne peut être conçue qu'*in abstracto*. Elle est l'expression d'une justice absolue, idéale, à laquelle doivent tendre, sans doute, les relations sociales, mais dont la justice humaine nécessairement plus contingente, plus relative et plus imparfaite, ne saurait sanctionner intégralement tous les préceptes et toutes les exigences. Ici apparaît une fois de plus, à côté de bien des affinités, cette irréductible différence que MM. Colin et Capitant signalent entre le domaine de la Morale et celui du Droit.

« Suivant la formule célèbre et maintes fois citée de Bentham, le Droit et la Morale, s'ils ont le même centre, n'ont pas la même circonférence. Autrement dit, leurs sphères d'actions respectives diffèrent essentiellement. Celle de la Morale est singulièrement plus étendue... Même parmi nos devoirs envers les autres hommes, il en est que la Morale commande et non le Droit, parce qu'ils impliquent un degré de perfection psychique qui est rarement atteint, par exemple les devoirs d'assistance et de sacrifice. Or — et ceci nous conduit à la seconde et principale différence entre la Morale et le Droit — celui-ci ne peut comprendre que des préceptes accessibles au commun, à la moyenne des hommes, précisément

parce qu'il est le Droit, parce qu'il doit pouvoir s'imposer au besoin par la force. La Morale, au contraire, est illimitée dans son essor parce que, dans les différents systèmes, elle ne comporte que des sanctions psychologiques ou religieuses (1) ».

Cette impossibilité pratique de faire coïncider strictement le Droit avec la Morale entraîne, par voie de conséquence, celle de faire entrer dans la notion juridique d'enrichissement sans cause toute espèce d'enrichissement injuste au point de vue de l'équité.

Au reste, cette inégalité que M. Paul Fournet découvre entre les prestations respectives du locataire-commerçant et de son bailleur est-elle bien la règle générale ?

Si l'on met à part certains abus particulièrement odieux, commis au détriment de locataires-commerçants, et qui appelleraient plutôt une répression pénale que l'application du principe de l'enrichissement injuste, on constate une sensible équivalence entre ce que le bailleur donne et ce qu'il reçoit.

Il importe, en effet, pour apprécier exactement la prestation du propriétaire, de faire entrer en ligne de compte non seulement les obligations et les sacrifices que lui a imposés le contrat de bail, mais aussi les risques qu'il lui a fait courir. En louant un local à un négociant, le propriétaire escompte l'avantage que l'immeuble peut tirer du commerce qu'il abrite, c'est entendu ; mais cet avantage est loin d'être certain,

---

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 2.

garanti, acquis d'avance. On se place généralement dans l'hypothèse d'un commerçant qui a rempli consciencieusement toutes ses obligations de preneur et dont l'exploitation a conféré une importante plus-value à l'immeuble. Mais l'hypothèse inverse est possible, et elle n'a rien d'exceptionnel. Un locataire-commerçant peut tout aussi bien nuire, par sa jouissance ou son genre de clientèle, à la bonne tenue de l'immeuble, à la commodité des voisins ; il peut faire de mauvaises affaires, devenir insolvable, tomber en faillite, ne créer aucun achalandage ou le laisser péricliter et, finalement, déprécier l'immeuble au lieu de le mettre en valeur.

Cela revient à dire qu'en dépit de son caractère commutatif, le contrat de bail comporte une grande part de chance et d'incertitude, qu'il est, dans une certaine mesure, d'essence aléatoire. C'est pourquoi il est logique et juste qu'en compensation de ces aléas, le propriétaire ait droit au bénéfice éventuel résultant de l'utilisation commerciale des lieux loués. A moins que, pour équilibrer complètement les risques, l'on ne mette une indemnité à la charge du locataire, dans les hypothèses de « moins-value », c'est-à-dire au cas où sa mauvaise gestion aurait diminué la valeur locative de l'immeuble (1) : ce que les divers projets de loi français se sont toujours refusés à admettre.

En définitive, si l'on recherche d'où provient cette impuissance de l'action *de in rem verso* à protéger les locataires-commerçants aussi énergiquement qu'ils

(1) C'est ce que décide le projet de loi italien du 18 juillet 1922. Cf. *supra* p. 142.

le souhaitent et que l'équité le réclame, on en trouve l'explication dans ce fait que la théorie de l'enrichissement sans cause exclut, par définition, toute idée de faute.

C'est, à un premier point de vue, ce qui fait sa force et son utilité. Le demandeur n'a nullement besoin, pour réclamer et obtenir des dommages-intérêts, de démontrer que le défendeur a commis un délit ; il lui suffit d'établir la matérialité du fait d'enrichissement et son défaut de cause. En l'absence de toute intention dolosive et de toute imprudence, celui qui s'enrichit injustement aux dépens d'autrui peut être condamné à indemniser l'appauvri. Le locataire sortant, agissant en répétition, n'aurait donc pas à faire la preuve, souvent très délicate, d'une faute commise par le bailleur ou le nouveau preneur.

Mais, par ailleurs, on conçoit difficilement une théorie de l'enrichissement sans cause faisant pleine abstraction de toute notion de délit ou de quasi-délit. Comment pourrait-on admettre, en effet, l'exercice de l'action *de in rem verso* contre celui qui s'est enrichi dans la limite de ses droits ? Comment ne pas faire une discrimination entre les actes licites et illicites d'enrichissement ?

Les auteurs qui préconisent une extension de la notion d'enrichissement injuste ont aperçu cette nécessité de faire état de la responsabilité de l'enrichi. Lorsque M. Paul Fournet ne comprend le rejet du recours du locataire-commerçant qu'au cas où le bailleur peut invoquer une cause non seulement apparente mais normale de son enrichissement, il est d'ac-

cord avec le système général de MM. Ripert et Teissiere, d'après lesquels enrichissement doit donner lieu à répétition toutes les fois qu'il « sort des conditions normales où nous sommes appelés à rendre aux autres, volontairement ou non, des services qu'ils nous rendent nécessairement à leur tour ». Mais qu'entendent ces auteurs par conditions normales ?

Ils considèrent, bien entendu, comme anormal tout enrichissement réalisé par des procédés illicites, interdits par la loi, ce qui est déjà une première application de l'idée de faute. Mais ils vont plus loin. Désirant atteindre même les enrichissements injustes effectués dans l'exercice d'un droit — telles les spoliations de clientèle opérée sous le couvert du contrat de bail —, ils se voient forcés de recourir encore à la notion de faute, dont ils élargissent alors la compréhension à l'aide du raisonnement suivant : l'usage anormal d'un droit est assimilable à une faute ; celui qui se sert de son droit pour s'enrichir injustement aux dépens d'autrui — tel le bailleur qui, à la faveur du contrat de louage, dépouille le locataire-commerçant — se rend donc coupable d'une sorte de délit, et l'action de *in rem verso* doit être recevable contre lui.

Mais nous sortons ainsi de la théorie, même étendue, de l'enrichissement sans cause pour faire appel à une tout autre théorie, celle de l'abus du droit.

CHAPITRE IV

Système indemnitaire fondé sur la théorie de l'abus de droit

SECTION I

Le principe de l'abus de droit et ses applications dans les projets relatifs à la propriété commerciale.

C'est un principe généralement admis, en doctrine et en jurisprudence, que contrairement au vieil adage « Neminem loedit qui suo jure utitur », celui qui agit dans les limites apparentes de son droit peut néanmoins être condamné à des dommages-intérêts, s'il fait de ce droit un usage abusif.

Doctrine. L'expression « abus de droit » a fait l'objet de sérieuses critiques. D'éminents civilistes, comme M. Planiol, la jugent contradictoire et soutiennent que « le droit cesse où l'abus commence » (1). Mais la plupart des auteurs ne s'arrêtent pas à cette controverse, qu'ils considèrent comme une simple

(1) Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, n° 878.

querelle de mots ; ils estiment parfaitement concevable qu'un droit puisse être exercé d'une manière excessive, illicite, engageant la responsabilité délictuelle de son titulaire. Ils ne divergent d'opinion qu'en ce qui concerne le critérium à adopter pour la délimitation pratique des actes qui appartiennent à la catégorie des abus de droit.

Les uns voient le caractéristique de l'abus de droit dans le fait d'agir sans intérêt personnel, avec la seule intention de nuire (1).

D'autres proposent comme mesure d'appréciation la fin sociale et économique du droit en question. « La véritable formule, déclare M. Saleilles (2), serait celle qui verrait l'abus de droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique et sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit ».

Jurisprudence. Les tribunaux donnent à la notion d'abus de droit une application courante et de plus en plus large. Tantôt, se référant à la maxime « Malitus non est indulgendum » ils condamnent les auteurs de dommages intentionnellement et méchamment causés, tel le propriétaire qui fait des fouilles ou des constructions uniquement pour gêner son voisin (3). Tantôt, mais plus rarement et surtout en matière adminis-

---

(1) C'est le critérium fixé par l'article 226 du Code civil allemand : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui ».

(2) Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, p. 371.

(3) Paris, 2 décembre 1871, D. 73, 2, 185.

trative, ils répriment les actes nuisibles à autrui, accomplis dans l'exercice anormal et intempestif d'un droit, telle la saisie-gagerie opérée, pour une dette contestée, sur le mobilier d'un locataire et paralysant par là ses affaires (1).

Application du principe dans les projets relatifs à la propriété commerciale

Cette forme nouvelle de responsabilité paraissait bien faite pour séduire les locataires-commerçants désireux d'établir, à l'appui de leurs revendications, non seulement le caractère préjudiciable de la non-relocation à leur endroit, mais la responsabilité délictuelle du propriétaire qui refuse de renouveler un bail commercial. Impuissants à mettre en doute la licéité d'un tel refus, ils avaient du moins, semble-t-il, la ressource de le dénoncer comme un abus de droit.

Pourtant, ils se sont peu servi de cet argument. La raison en est qu'il n'intéressait guère tous ceux d'entre eux qui réclamaient un droit strict au renouvellement de leurs baux. Si, en effet, conformément à leur conception, un texte de loi obligeait rigoureusement le bailleur à relouer son immeuble au commerçant locataire sortant, le refus de relocation n'aurait pas besoin d'être considéré comme un abus de droit ; il constituerait, en tout état de cause, une violation flagrante du droit du locataire au maintien en possession des lieux loués.

---

(1) Lyon, 25 mai 1906, P. F. 1907, 2, 256.

La théorie de l'abus de droit n'est utilisable, en principe, que dans les systèmes qui excluent le droit au renouvellement, ou qui admettent, tout au moins, sa convertibilité en un droit à indemnité. Elle s'y traduit alors, en substance, sous la forme suivante : Le propriétaire ne peut être effectivement contraint à conserver dans l'immeuble le locataire sortant ; mais, s'il fait de son droit de refuser la relocation un usage abusif, il est passible de dommages-intérêts fondés sur un abus du droit de propriété.

Deux sortes d'application ont été faites de la notion d'abus de droit dans les documents parlementaires. La première a été entreprise uniquement par MM. Deloncle et Desplats, députés, dont la proposition fut déposée le 20 mars 1913. La seconde se trouve dans les textes votés à la Chambre en 1919, 1923 et 1925.

a) Système de MM. Deloncle et Desplats : Présomption légale d'abus de droit à la charge du bailleur. — Dans l'exposé des motifs de leur proposition de loi, MM. Deloncle et Desplats s'expriment en ces termes : « ... Le propriétaire de l'immeuble où est établi un fonds de commerce ou d'industrie reste libre de ne pas renouveler le bail, arrivé à expiration, du local occupé par ce fonds, ou d'imposer pour le renouvellement des conditions telles qu'elles constituent pour le locataire qui les accepte une véritable prime sur ses bénéfices. Il y a là un abus du droit de propriété ». Et ils proposent, en conséquence, d'accorder au preneur sortant un droit à indemnité fondé sur l'abus de droit que le bailleur a commis, en refusant ou en rendant

impossible la relocation ; ce qui équivaut à une présomption légale de responsabilité délictuelle.

M. Fleureau (1) déclare avec raison « qu'une telle présomption est inadmissible et qu'elle ne peut être inscrite dans une loi. Ce n'est pas la fraude, c'est la bonne foi qui doit être présumée et toute une catégorie de citoyens ne peut être frappée d'une présomption contraire, par le seul motif que ces citoyens sont propriétaires d'immeubles susceptibles d'être loués à des commerçants ».

b) Application de la théorie de l'abus de droit dans les propositions votées à la Chambre en 1919, 1923 *et* 1925 : *Indemnité d'éviction au cas de refus de relouer non justifié par des motifs graves et légitimes.* — Après avoir établi au profit du locataire, comme nous l'avons vu, un droit de priorité (texte de 1919) ou un droit de préférence (textes de 1923 et 1925) pour relouer le local, les propositions votées à la Chambre prévoient une indemnité d'éviction à la charge du propriétaire qui refuse de renouveler le bail, sans justifier son refus par des motifs graves et légitimes (2).

---

(1) *Revue pratique de législation commerciale*, septembre-octobre 1913, p. 235.

(2) Texte voté le 13 mars 1919, art. 4 : « Si le bailleur, sans vouloir reprendre l'immeuble pour l'occuper lui-même, refuse de renouveler le bail, et s'il ne justifie pas son refus par des motifs graves et légitimes le locataire peut demander des dommages-intérêts... » Texte voté le 8 juin 1923, art. 4 : « Si le bailleur refuse de renouveler le bail du locataire sortant,.. et si les motifs allégués par lui ne sont pas jugés graves et légitimes à l'encontre du locataire sortant, celui-ci aura droit à une indemnité en rapport avec le préjudice causé par le défaut de renouvellement... » Texte voté le 4 juin 1925, art. 4 : « Si le bailleur refuse de renouveler le bail, ou s'il refuse le renouvellement aux conditions déterminées par les articles précé-

Seule cette forme, plus souple, d'application de la notion d'abus de droit mérite d'arrêter notre attention.

SECTION II

Critique de l'application de l'abus de droit dans les propositions votées à la Chambre des députés

I. — Inutilité, dans les trois systèmes votés à la Chambre, d'un appel à l'idée d'abus de droit

On peut, avant tout, s'étonner de voir la théorie de l'abus de droit si souvent invoquée au cours des débats de la Chambre et d'en trouver l'application dans les projets votés en 1919, 1923 et 1925.

Ces trois projets, en effet, reconnaissent au preneur un droit, en principe, au renouvellement de son bail : non pas, sans doute, une sorte de droit réel s'imposant à l'immeuble, mais un droit personnel à l'égard du bailleur, le droit d'exiger la conclusion d'un nouveau bail. L'ouverture de ce droit est soumise à certaines conditions. Il faut que le propriétaire ne désire pas occuper lui-même l'immeuble et qu'il n'ait point de motifs graves et légitimes de refuser la relocation. Il faut, en outre, dans les projets de 1923 et1925, que le locataire sortant accepte de payer le plus haut prix de loyer proposé par les offres raisonnables émanant

---

dents, et si les motifs allégués par lui ne sont pas jugés graves et légitimes à l'encontre du locataire sortant, celui-ci aura droit à une indemnité en rapport avec le préjudice causé par le défaut de renouvellement. »

d'autres candidats au bail. Mais, lorsque ces diverses conditions sont remplies, le bailleur est tenu de consentir au renouvellement ; et s'il n'exécute pas cette obligation de faire, créer à sa charge, il est passible de dommages-intérêts.

Il s'ensuit qu'il est superflu de faire intervenir ici l'idée d'abus de droit pour fonder l'indemnité d'éviction. Il est beaucoup plus logique, plus simple, et en tous cas, il suffit de considérer cette indemnité comme la sanction de la contravention du bailleur à l'obligation de relouer qui pesait sur lui. Il y a pis qu'un abus de droit ; il y a faute résultant d'un manquement à l'obligation légale de renouvellement.

Les notions d'abus de droit et d'obligation du bailleur apparaissant ainsi comme exclusives l'une de l'autre ou, du moins, se prêtant un inutile concours, la Chambre pouvait donc aisément se dispenser, dans la discussion et la rédaction de ses projets, de faire appel à la théorie justificative de l'abus de droit.

Cette coexistence de l'obligation du bailleur et de l'abus de son droit semble toutefois moins illogique et plus justifiable si l'on songe que, dans les propositions votées au Palais-Bourbon, l'obligation de renouvellement est beaucoup plus apparente que réelle : sa consécration légale offre surtout l'aspect d'une simple déclaration de principe, d'une affirmation plutôt théorique : sa portée réelle est, en effet, singulièrement modeste, puisque le propriétaire demeure libre de s'opposer au renouvellement du bail, à la seule condition de verser une indemnité au preneur évincé. N'ayant pas restreint, en fait, le droit de disposition du

bailleur, la Chambre a probablement cru devoir le menacer, tout au moins, d'une sanction pécuniaire pour le cas où il abuserait de sa faculté de relouer. La contradiction incluse dans ses projets emprunterait donc à cette explication une part d'excuse et de vraisemblance.

II. — Difficulté théorique et pratique de fonder la responsabilité du bailleur sur un abus de droit

Mais supposons même que cette contradiction n'existe pas et que les réformes adoptées par la Chambre, en laissant au bailleur le droit de reprendre les lieux loués, se bornent à lui infliger une indemnité s'il exerce abusivement son droit. Cet abus de droit, provenant du refus de relouer du bailleur, est-il concevable ? Et, s'il est juridiquement possible, peut-on en administrer la preuve pratique ?

A) Cette assimilation du refus de renouveler le bail à un abus du droit de propriété présente, en dehors de toute autre difficulté, l'inconvénient décisif de ne pouvoir rentrer dans le cadre habituellement assigné à la notion d'abus de droit.

Parmi les faits qualifiés par les tribunaux d'abus de droit, on ne trouve, en effet, que des actes positifs et non de simples abstentions. Ce sont toujours des initiatives désordonnées, prises dans l'exercice d'un droit, et qui lèsent autrui. Citons, au hasard, à titre d'exemples, le cas du plaideur qui intente un procès par pur esprit de chicane (1), du syndicat ouvrier qui

(1) Req. 10 janvier 1910, *D.* 1911, 1, 370.

met un patron en interdit dans une pensée de vengeance (1), du propriétaire qui hérisse son terrain de fils de fer barbelés en vue de rendre plus périlleux l'atterrissage des aéroplanes (2).

Or de quoi se rend coupable le propriétaire qui, en fin de bail, évince son locataire-commerçant ? Est-ce d'une activité mal employée, d'une manœuvre répréhensible ? Nullement. Son attitude est purement passive. Il se borne, le contrat de louage étant expiré, à ne pas en conclure un nouveau. C'est là, uniquement, pourtant, ce qu'on lui reproche.

Condamner cette inaction, c'est dépasser les limites de la conception jurisprudentielle de l'abus de droit. C'est méconnaître, d'autre part, le respect dû aux conventions librement passées. Une fois le bail terminé, en effet, bailleur et preneur deviennent étrangers l'un à l'autre ; tout lien de droit cesse entre eux ; ils ne se doivent plus rien ; ils reprennent leur liberté respective. Et pas plus qu'on ne saurait forcer le locataire sortant à rester dans les lieux loués, l'on ne peut exiger du propriétaire qu'il lui reloue son immeuble. Aucune obligation contractuelle, légale ou même naturelle n'astreint le propriétaire à signer un nouvel engagement. Il n'est ni loi, ni principe, ni théorie qui puissent prévaloir contre les effets d'une convention librement conclue et régulièrement expirée. Et par là s'écroule le rapprochement tenté entre l'abus de droit et la non-relocation.

---

(1) Trib. Bordeaux, 14 décembre 1903, *S.* 1905, 2, 17.
(2) Trib. Compiègne, 19 février 1913, *D.* 1913, 2, 177.

Les partisans des textes de la Chambre ont évité de se heurter directement à une aussi forte objection. Ils ont surtout tiré argument, contre ce respect estimé excessif des conventions, de ce qui se passe dans l'hypothèse, apparemment voisine, de louage de services. On sait qu'aux termes de l'article 1780 du Code civil, modifié par la loi du 27 décembre 1890, et couramment appliqué par les tribunaux, la rupture du contrat de travail fait sans limitation de durée peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'une des parties abuse, au préjudice de l'autre, du droit de résilier le contrat. N'est-il pas logique, dit-on, qu'à l'exemple de l'ouvrier congédié, le commerçant évincé en fin de bail puisse obtenir une indemnité réparatrice.

Examinée de plus près, l'analogie de ces deux situations, apparaît toute superficielle et n'autorise pas la conclusion que d'aucuns en déduisent.

Et d'abord, la loi de 1890 ne vise que les louages de services à durée indéterminée. Elle ne fait qu'interpréter la volonté des contractants, qui tiennent évidemment à être garantis contre le préjudice que peut leur causer la résiliation brutale et injustifiée, décidée inopinément par l'un d'entre eux. Au contraire la convention qui lie le propriétaire et son locataire-commerçant était à durée expressément déterminée ; et le non-renouvellement est une éventualité normale et escomptée d'avance. Ici la rupture n'est ni unilatérale, puisque les parties avaient fixé d'un plein accord le terme de leur engagement, ni imprévue, puisqu'elles connaissaient pertinemment la date d'expiration du bail. Il n'y a même pas rupture, à proprement parler,

mais arrivée de l'échéance convenue. Et il ne peut y avoir abus de la part du cocontractant qui ne fait rien pour empêcher l'extinction du contrat.

Cela est si vrai que, dans les cas de louages de services faits à la journée, la jurisprudence reconnaît au patron l'entière faculté de ne pas réembaucher le lendemain le travailleur engagé la veille. Elle se refuserait, par suite, dans le même esprit, à allouer des dommages-intérêts au locataire-commerçant dont le bail n'est pas renouvelé.

Le régime applicable au contrat de travail et celui proposé pour le bail commercial sont, on le voit, difficilement comparables.

Ils le sont d'autant moins qu'ils diffèrent encore à un second point de vue. La sanction pécuniaire prévue par l'article 1780 pour la rupture du louage de services a un caractère synallagmatique, en ce sens que les dommages-intérêts peuvent être octroyés non seulement à l'ouvrier qui se déclare victime de son brusque renvoi, mais à l'employeur qui se plaint du départ inopportun de l'ouvrier. Or il n'en est pas de même de l'indemnité d'éviction qu'on voudrait mettre à la charge du propriétaire, puisqu'aucune indemnité correspondante ne serait exigible du locataire-commerçant qui refuserait de signer un nouveau bail.

L'argument d'analogie tiré de la loi de 1890 est donc, à tous points de vue, inopérant ; et il demeure que, constituant une simple et légitime abstention, le refus de relouer ne peut, dans l'état actuel de la jurisprudence, être envisagé comme une forme caractérisée d'abus de droit.

B) De nouvelles difficultés surgiraient d'ailleurs dès qu'il s'agirait de démontrer que, dans telles ou telles espèces, le propriétaire abuse ou non de son droit d'évincer son locataire.

Faisons, en effet, de nouvelles suppositions et admettons que l'abus de droit de bailleur qui s'oppose au renouvellement soit juridiquement concevable. Il reste encore à faire la preuve pratique de son existence. Quel critérium va-t-on invoquer pour établir cette preuve ?

a) Les auteurs en proposent et les tribunaux en appliquent principalement deux : le défaut d'intérêt ou l'intention de nuire, et l'exercice anormal du droit. A laquelle de ces normes recourir pour apprécier le refus du bailleur ?

C'est la première que préconisait M. Cautru, à la séance de la Chambre du 15 mai 1923 (1). Il s'exprimait en ces termes : « Pourrait-il (le propriétaire), sans commettre un véritable abus de son droit, détruire, en fin de bail — sans motif sérieux, car c'est là notre point de départ — cette richesse acquise par son locataire... ? Oui la jurisprudence a déjà proclamé dans des décisions nombreuses et sur des espèces précises que le droit de propriété, si absolu soit-il, ne saurait autoriser l'accomplissement d'actes malveillants, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant préjudice à autrui. Elle sanctionne ce principe par des dommages-intérêts... C'est peut-être le cas d'étendre cette jurisprudence sage, inspirée par une claire vision des intérêts de l'ordre et de la paix sociale ».

---

(1) Déb. parl. Chambre, 1923, J. O. 16 mai 1923, p. 1863.

En fait, comment sera prouvée cette nocivité intentionnelle du refus de relouer du bailleur ? Les commerçants qui se prétendent lésés par un refus où se devine cette finalité blâmable ont, comme tous les citoyens, la faculté de poursuivre en justice l'auteur du dommage, en employant la procédure du droit commun. Mais tout porte à prévoir l'inefficacité à laquelle serait vouée le plus souvent une telle action, car l'intention de nuire est un élément psychique, qu'il est bien malaisé de découvrir et, loin d'en faire le naïf aveu, le défendeur ne serait jamais embarrassé pour alléguer un intérêt quelconque ; cet intérêt résulterait surabondamment, au cas de refus de relouer, de l'avantage pécuniaire que présente pour lui la préférence donnée à un nouveau locataire mieux offrant (1).

La théorie de M. Saleilles dessine-t-elle de façon plus logique la frontière où commence l'abus du droit de propriété ? Le refus du bailleur devra-t-il son caractère abusif à ses conséquences « antisociales » ?

---

(1) C'est seulement dans certains cas exceptionnels de mauvaise volonté indiscutable et caractérisée du propriétaire que l'action en justice du locataire lésé risque de triompher. Si, par exemple, « un propriétaire veut expulser son locataire au jour de l'échéance du terme, le bail expiré, alors que celui-ci, qui est souffrant, risquerait de commettre une imprudence grave à se déplacer, et, à supposer, bien entendu, que le propriétaire ne pût invoquer un intérêt patrimonial, tel que l'obligation d'avoir à livrer l'appartement à un nouveau locataire : il y a là abus de droit à n'en pas douter, l'exercice du droit d'expulsion ne pouvant se justifier par aucun intérêt appréciable pour le bailleur et ne révélant d'autre intention chez celui-ci que de nuire à autrui ». (Rapport présenté par M. R. Saleilles à la 1re sous-commission de la commission de révision du Code civil, Rousseau, 1905.)

Il n'est pas douteux qu'en fait certains cas d'éviction présentent cet aspect. Mais comment en établir la preuve précise ?

Est-ce le magistrat chargé d'examiner les circonstances du non-renouvellement qui décidera que le propriétaire abuse ou non de son droit en le détournant de son but social ou économique ? « Mais alors, peut-on dire avec Baudry-Lacantinerie, que devient le prétendu critérium ? Les juges peuvent toujours dire que cette destination s'est modifiée, dans telle ou telle mesure par suite de l'évolution sociale. Ils peuvent même déclarer qu'un certain droit n'a plus de but économique, n'a plus de but social et que, par conséquent, on en abuse dès qu'on en use » (1).

En vertu de considérations d'équité évidemment respectables, on expose ainsi le droit de propriété aux mutilations les plus arbitraires, car il sera toujours loisible au juge d'accuser de manque de sens social et de condamner à des dommages-intérêts le propriétaire qui se refuse à relouer son immeuble au locataire sortant.

b) Aussi bien, les projets relatifs à la propriété commerciale que la Chambre a successivement votés ne se sont pas bornés à laisser les juges entièrement libres de décider, dans chaque espèce, si le non-renouvellement du bail provient d'un abus de droit du propriétaire. Ils ont pris soin de préciser le signe auquel doit se reconnaître cet abus de droit. Ce signe, c'est

---

(1) Baudry-Lacantinerie, *Droit civil*, 2e édit. « Des obligations », III, p. 1082.

l'absence de motifs graves et légitimes susceptibles de justifier le refus de relocation (1).

Il est à remarquer qu'un tel critérium n'est une innovation ni en jurisprudence, ni même en législation.

Les tribunaux s'en servent déjà à propos de plusieurs hypothèses. Dans l'application qu'ils font de l'article 1780 nouveau du Code civil, ils condamnent à la réparation du préjudice causé celui qui, sans alléguer des motifs acceptables, rompt le louage de services à durée indéterminée. Ils sanctionnent par des dommages-intérêts, la rupture unilatérale de fiançailles, toutes les fois qu'aucune raison sérieuse n'est invoquée en sa faveur. Enfin, nous avons vu comment la jurisprudence interprète aujourd'hui les clauses restrictives de la faculté de céder le bail : lorsque le propriétaire s'est réservé, dans le contrat, le droit de refuser d'agréer le cessionnaire présenté par le preneur, elle exige néanmoins que ce refus soit motivé par des raisons suffisantes.

Et ce n'est pas la première fois que le législateur lui-même soumet expressément l'usage d'un droit à l'existence de motifs graves et légitimes. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 13 de la loi de loyers du 31 mars 1922, le propriétaire peut s'opposer à la prorogation du bail pour occuper son immeuble ou y installer certains de ses parents, mais à la condition *sine qua non* d'établir le motif légitime de cette reprise de l'immeuble.

---

(1) Cf. proposition du 13 mars 1919, art. 4 ; proposition du 8 juin 1923, art. 4 ; proposition du 4 juin 1925, art. 4.

En dépit de ces divers précédents, judiciaires et législatifs, les propositions de la Chambre, obligeant le bailleur à justifier son refus de relouer par des motifs légitimes, sous peine d'être condamné pour abus de droit, sont sujettes à plus d'une critique.

Il y a, tout d'abord, quelque chose d'anormal et d'injuste à mettre à la charge du propriétaire la preuve qu'il n'exerce pas abusivement son droit. Il est de règle, en effet, que c'est à la prétendue victime d'un abus de droit à démontrer que les conditions d'existence de cet abus se trouvent réunies ; c'est, par exemple, à l'ouvrier renvoyé à prouver que son patron l'a congédié sans motifs plausibles et qu'il a abusé ainsi de son droit de résilier le contrat. Selon le système proposé, au contraire, le propriétaire doit faire valoir lui-même les raisons qu'il a de ne pas désirer un nouveau bail et de vouloir reprendre son bien. Ce renversement de la preuve n'est pas seulement exorbitant au point de vue du simple bon sens ; il est en contradiction avec la théorie de l'abus de droit et avec l'un des principes élémentaires du droit commun.

Si l'on examine maintenant en lui-même le critérium dit des « motifs graves et légitimes », on aperçoit aussitôt combien il est imprécis et critiquable.

A s'en tenir à la notion traditionnelle de l'abus de droit, il faudrait admettre, conformément à une jurisprudence bien établie, que le bailleur n'est pas tenu à réparation lorsqu'il a un intérêt personnel et légitime certain à ne pas relouer son immeuble, c'est-à-dire, notamment, toutes les fois qu'il a la certitude de pouvoir traiter avec un nouveau locataire plus

agréable et mieux payant. Or, d'après les projets de la Chambre, ce motif, pourtant grave et légitime, ne suffit pas à dégager, *ipso facto* et de plein droit, la responsabilité du bailleur.

Les projets de 1923 et de 1925 autorisent bien le propriétaire à faire état du prix de loyer plus élevé qui lui est offert par un tiers. Mais ils chargent des arbitres d'examiner « si cette offre est hors de proportion avec la valeur du loyer sur lequel le propriétaire pouvait raisonnablement compter » (1). Autrement dit, ces juges ne seraient jamais liés par les justifications fournies par le bailleur; ils seraient toujours maîtres de déclarer que l'offre en question leur paraît excessive, qu'elle dépasse le cours moyen des loyers de ce genre et que le propriétaire ne pouvait pas espérer une location aussi rémunératrice. A la différence du commerçant, qui est libre de rechercher et de réaliser de bonnes affaires, le propriétaire ne pourrait donc, bien souvent, sans être censé abuser de son droit, louer son local au plus offrant.

Quant à la proposition adoptée en 1919, elle ne tient même pas compte de l'intérêt qu'a le bailleur à obtenir de son immeuble un meilleur rendement.

Le nombre des motifs que le propriétaire est admis à formuler à l'appui de sa décision de ne pas renouveler le bail se trouve, de ce chef, singulièrement restreint. A cette première limitation les textes de 1923 et 1925 en ont joint encore une autre en décidant

---

(1) Proposition du 8 juin 1923, art. 3 ; proposition du 4 juin 1925, art. 5.

qu'il ne peut être question que de motifs allégués « à l'encontre du locataire sortant » ; ce qui rendrait sans valeur toutes les considérations justificatives qui ne seraient pas, à proprement parler, des griefs invoqués à l'encontre du preneur sortant.

Enfin, quelle que soit la compétence et la conscience des arbitres, c'est, pour eux, une tâche bien délicate que d'apprécier la gravité et la légitimité des motifs présentés. Ils peuvent ne pas en apercevoir le bien fondé, les estimer insuffisants, et le bailleur est exposé à se voir réduit ou à payer le droit de reprendre son bien ou à conserver chez lui un hôte indésirable. Sans mettre en doute leur impartialité, le moins qu'on puisse dire de la décision arbitrale, c'est qu'elle risque de tomber dans l'arbitraire et de donner lieu à des procès innombrables et confus.

Ajoutées aux graves objections théoriques que nous avons énoncées, ces inextricables difficultés pratiques conduisent à penser que la Chambre des députés, dans ses projets relatifs à la propriété commerciale, s'est engagée dans une voie grosse d'aléas et de périls en fondant tout un système indemnitaire, minutieusement réglementé, sur la notion très ingénieuse, mais encore neuve, complexe et imprécise de l'abus du droit.

CHAPITRE V

Système indemnitaire fondé sur la théorie de la concurrence déloyale

---

Devant l'indigence inhérente à tous les systèmes qui supposent *à priori* les propriétaires responsables ou bénéficiaires des pertes d'achalandage subies, en cas de non-relocation, par les locataires-commerçants, certains esprits, soucieux d'éviter à la propriété immobilière une atteinte injustifiée et désireux de ne pas lui imposer un inutile sacrifice, auquel la paix sociale et les intérêts commerciaux eux-mêmes n'auraient rien à gagner, se sont employés à orienter dans une voie moins incertaine et moins dangereuse la question de la propriété commerciale. Il leur est apparu que les difficultés nées à l'occasion du non-renouvellement des baux à usage de commerce résultent, en dernière analyse, non pas d'une opposition de droits entre le preneur sortant et son bailleur, mais d'un conflit de deux fonds de commerce, et que le seul problème à résoudre est celui de la défense de

la clientèle de l'ancien locataire contre les convoitises du nouveau.

On trouve cette idée exprimée pour la première fois, en 1913, au « Comité de Défense de la propriété commerciale et industrielle ». Me Henry Bernard y défendait, en ces termes, le système de la mise en cause du locataire entrant : « Le petit commerçant est en l'espèce, comme beaucoup d'autres, victime de la concurrence.

« Or, cette concurrence, par qui lui est-elle faite ? Par le commerçant similaire ou autre (1) qui, pour s'installer à sa place, vient tenter la cupidité du propriétaire. Dans ce cas, la concurrence revêt un caractère particulièrement odieux, parce qu'elle ne s'opère point à coup d'ingéniosité et de travail, mais au moyen d'une appropriation injuste des fruits du travail d'autrui. Le propriétaire n'est pas un concurrent, il est purement et simplement le propriétaire exclusif et indépendant de la chose convoitée, libre en droit de la céder à qui bon lui semble sans s'occuper de la moralité de celui qui la demande.

« Mais, dira-ton, il est alors complice du commerçant déloyal qui lui a fait d'avantageuses propositions qu'il a acceptées. Entendu, mais, comme il ne saurait y avoir de complicité sans fait principal, nous sommes logiquement amené à conclure que c'est contre ce fait principal que doit être dirigée l'action

---

(1) Les mots « ou autre » semblent imputables, d'après M. Torraut (*op. cit.*) à une erreur de phrase. Il paraît, en effet, évident que la concurrence suppose la coexistence de deux commerces similaires.

du législateur. Si on le rend impossible, on aura du même coup supprimé le fait de complicité.

« Autrement dit, le duel dont nous parlions tout à l'heure n'est pas entre le propriétaire et son locataire, mais entre le locataire à fin de bail et l'aspirant locataire...

« Il faut laisser au propriétaire la libre disposition de son immeuble en assurant au commerçant, propriétaire également de la valeur accessoire et incorporelle créée par lui, l'intégrité de ses droits. Si donc quelque commerçant désireux d'exploiter un fonds convoite pour son entreprise le local aménagé par son devancier, qu'il sache que, désormais, il ne pourra acheter à vil prix la complaisance du propriétaire pour dépouiller son prédécesseur et qu'il devra payer à deniers comptants les avantages qui l'ont précisément séduit ».

C'est dans cet esprit que fut rédigé le projet présenté par MM. Oury et Delbay, au nom du « Comité de Défense de la Propriété commerciale et industrielle », projet libellé ainsi :

« Lorsqu'un commerçant arrivera à fin de bail, nul, s'il n'a acquis le fonds, ne pourra installer dans les locaux devenus vacants, sans le consentement du locataire sortant, un commerce similaire, avant l'expiration du délai fixé par un règlement d'administration publique, d'accord avec les syndicats professionnels, à peine d'être poursuivi pour concurrence déloyale ».

La proposition G. Bureau, déposée à la Chambre le 11 juillet 1914, reproduit presque textuellement le projet précédent. Elle se borne à substituer à

l'action en concurrence déloyale une action en réparation du dommage ; mais la modification est insignifiante, attendu que ces actions ont toutes deux pour fondement l'article 1382 du Code civil.

La même thèse fut reprise et défendue une dernière fois par MM. Sibille, Lefas et Serolle au cours des débats de mars 1919 à la Chambre des Députés.

Hâtivement conçus, envisageant un point de vue qui n'avait pas encore été exploré avant eux, les projets de MM. Oury et Delhay, Bureau, Sibille, Lefas et Lerolle n'étaient pas, sans doute, à l'abri de toute discussion et de toute chicane. Tels qu'ils étaient, ils avaient, néanmoins, le mérite et l'intérêt d'apporter une contribution nouvelle à l'étude de la propriété commerciale. L'idée encore toute neuve qu'ils formulaient aurait pu être utilement creusée, approfondie, mise au point et servir de base à une heureuse solution du problème des baux commerciaux.

Il n'en a rien été cependant. Leur conception n'a guère rencontré que de l'hostilité ou de l'indifférence ; elle n'a point trouvé d'écho durable au Parlement. Les systèmes de MM. Oury et Delhay n'ont pas été pris en considération. Quant aux textes déposés par MM. Bureau, Lefas et Lerolle, leurs auteurs en ont été réduits à les retirer d'eux-mêmes. Et les débats qui se sont déroulés à la Chambre et au Sénat de 1919 à 1925 semblent bien avoir définitivement abandonné la tendance manifestée dans ces divers projets.

Nous estimons, pour notre part, cet abandon regrettable. Pensant qu'il serait opportun et relati-

vement facile d'étendre, par voie jurisprudentielle ou législative, la notion de concurrence déloyale aux détournements de clientèle commis par certains locataires entrants, avec ou sans la complicité des bailleurs, nous croyons utile d'examiner successivement : 1° la recevabilité d'une action en concurrence déloyale intentée contre le nouveau locataire ; 2° la recevabilité d'une action en complicité de concurrence déloyale intentée contre le propriétaire ; 3° la possibilité d'une réglementation législative de la concurrence en matière de propriété commerciale.

SECTION I

L'action en concurrence déloyale intentée contre le nouveau locataire

L'idée générale de la concurrence déloyale est exposée en ces termes par M. Georges Bry (1)

« La loi doit donner les moyens de réprimer tous les abus que peut faire naître la liberté de l'industrie et de la concurrence.

« Tout industriel qui cherche frauduleusement à ravir la clientèle d'autrui, à usurper des droits légitimement acquis, à profiter injustement de la situation d'un autre, de son habileté ou de son intelligence, à créer une confusion avec ses produits ou à les dénigrer, qui viole les clauses déterminant ses

(1) Georges Bry, *La Propriété industrielle, littéraire et artistique*, p. 508 (Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914).

rapports commerciaux avec un de ses rivaux d'industrie, commet un acte de concurrence déloyale.

« Tous ses actes tendent toujours à un détournement de clientèle, à la violation d'un acte de propriété, de nature immatérielle, manifestée par les signes qui réunissent cette clientèle autour d'un établissement industriel...

« Mais quel est ce droit commun que l'industriel peut invoquer pour obtenir réparation du dommage causé par une concurrence illicite ?

« Ce sont les articles 1382 et 1383 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (art. 1382). « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence » (art. 1383).

« Ces articles posent le principe de la réparation, dans le cas de délit civil résultant d'un fait volontaire, d'une intention de nuire, et dans le cas d'un quasi-délit qui trouve sa cause dans des faits préjudiciables, mais involontaires...

« Il existe une concurrence déloyale, lorsqu'il y a intention de nuire, il y a concurrence illicite, lorsque le préjudice provient d'une simple faute. La responsabilité est engagée dans les deux cas mais les parties intéressées doivent avoir soin de préciser leur demande car les juges surtout en appel et en cassation, n'admettraient pas d'examiner des moyens tirés de la concurrence illicite, alors que les conclusions ne visaient que des actes de concurrence déloyale ».

M. G. Bry ajoute que les faits innombrables de concurrence déloyale peuvent être classés sous une triple division générale : 1° concurrence résultant de la confusion que l'on veut faire naître entre deux établissements ou leurs produits ; 2° concurrence en dehors de toute idée de confusion ; 3° concurrence résultant de la violation des clauses d'un contrat.

Quant aux éléments constitutifs de la concurrence déloyale, ils sont au nombre de deux : le préjudice et la faute.

Il s'agit donc de rechercher si une action en concurrence déloyale intentée contre le nouveau locataire serait susceptible de rentrer dans le cadre ainsi tracé de la notion de concurrence déloyale. Les faits que nous étudions ne pouvant se rattacher qu'à la concurrence par confusion, la concurrence déloyale reprochée au locataire entrant doit remplir obligatoirement deux conditions : la confusion entre deux fonds de commerce et la faute imputable à l'auteur de cette confusion. Réunit-elle ces éléments ?

I. — Confusion entre deux fonds de commerce

Pour que la confusion soit possible entre les fonds de l'ancien et du nouveau preneur, il faut que les deux commerces soient de même nature, que le locataire sortant ne cesse pas son commerce, enfin, qu'il se rétablisse de suite et dans un périmètre assez rapproché pour faire naître une confusion entre les deux entreprises. Ces limitations restreignent évidemment le champ de la concurrence déloyale. Par

contre, elles permettent d'atteindre énergiquement les seuls abus véritablement irritants dont souffrent les locataires-commerçants, ceux qu'ils réprouvent avec le plus d'énergie. L'action dirigée contre le nouvel occupant gagnerait donc en puissance et en efficacité ce qu'elle pourrait perdre en largeur d'application.

Mais si la confusion est indiscutable dans des cas simples et typiques, tels que celui où le preneur entrant continue exactement le genre de commerce de son devancier et offre au public les mêmes marchandises, n'est-elle pas incertaine, sujette à des divergences d'estimation et à de fatales discussions, lorsque la similitude n'est que partielle ou relative ? Il est, en effet, des exploitations qui, bien que différentes, se rencontrent et peuvent se nuire dans les ventes d'articles semblables ; que décider, par exemple, quand un crémier remplace un restaurateur et sert des petits repas à la clientèle ? Etant donné la complexité des commerces modernes, à quel signe précis reconnaître que la confusion se produit ou a des chances de se produire entre deux établissements qui se succèdent dans le même local ?

Le législateur n'a pas cru devoir fixer un critérium immuable permettant cette délicate discrimination. C'est aux tribunaux qu'est confiée la mission de rechercher, dans chaque espèce, s'il y a ou non similitude de commerce. Mais on doit convenir qu'ils s'en acquittent de la façon la plus souple et la plus large, en tenant compte des us et coutumes des localités, des usages généraux du commerce, de l'équité et de toutes

les circonstances de fait ; donnant au mot similitude son sens rationnel, ils estiment que des commerces sont similaires toutes les fois que le public risque de les « assimiler », c'est-à-dire de les confondre.

Et pour apaiser les craintes de ceux qui redoutent l'imperfection et la variabilité de l'appréciation des juges en notre matière, il convient de rappeler que les tribunaux ont une expérience déjà longue de ces questions de similitude de commerces. Ils les tranchent depuis longtemps à propos des litiges relatifs à l'obligation, pour le bailleur, de faire jouir paisiblement son locataire commerçant et à la garantie spéciale du vendeur de fonds de commerce, sans que leurs décisions se heurtent ou donnent lieu à de sérieuses difficultés.

Plus spécieuse est l'objection que certains auteurs fondent sur la licéité de l'acte par lequel le nouveau preneur amène les clients à confondre son fonds avec celui du locataire sortant. Pour qu'il y ait concurrence déloyale, disent-ils, la théorie traditionnelle veut que la confusion soit réalisée ou tentée par des procédés illicites. Or rien n'est plus licite que le fait de louer un local et d'y installer le même commerce que l'ancien occupant.

« Il y a, écrit M. Vaquin (1), un abus inacceptable que de taxer de concurrence déloyale le fait d'exercer le plus honnêtement du monde un commerce semblable à celui de son prédécesseur même sans lui avoir

(1) Rapport de M. Vaquin, au douzième Congrès National de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France, 1914, p. 24, 25.

payé le prix du fonds... Il ne faut pas, en effet, s'attacher seulement aux mots, il faut chercher quelles sanctions les textes peuvent entraîner et je ne vois pas bien celles qui pourraient être appliquées à titre de concurrence déloyale à un commerçant qui se serait mis dans le mauvais cas d'avoir pris le fonds de son prédécesseur en louant l'immeuble occupé par celui-ci et sans l'avoir indemnisé...

« Il peut y avoir incorrection, malhonnêteté, soit du propriétaire, soit du nouveau titulaire, soit même encore des deux, mais ce n'est pas de la concurrence déloyale ».

A la vérité, lorsque les auteurs qui traitent de la concurrence déloyale subordonnent son existence à l'emploi de moyens illicites propres à tromper la clientèle, ils ont soin de donner à cette notion de non-licéité le sens le plus extensif. Ils y font entrer non seulement les actes accomplis sans droit ou en violation de la loi, mais aussi les actes licites employés dans un but illicite, les actes que vicie l'intention coupable des auteurs.

Telle est, notamment, leur opinion formelle en matière d'homonymie. Ils déclarent que si toute personne a le droit de jouir et de disposer de la propriété de son nom patronymique, c'est sous réserve du droit des tribunaux de réprimer les abus qui pourraient en être fait et ils qualifient de concurrence déloyale le fait d'utiliser une similitude de nom en vue d'usurper la clientèle d'un commerçant homonyme.

Ils sont, en cela, d'accord avec une jurisprudence constante. Il a été ainsi jugé que commet un acte de

concurrence déloyale celui qui, à la faveur d'une homonymie, cherche à créer une confusion entre ses produits et ceux d'un établissement (Paris, 30 janvier 1920. *Ann.* 1920, I, 278).

L'analogie entre cette concurrence par similitude de nom et celle par similitude de local est frappante. Dans les deux hypothèses le résultat est le même : c'est le détournement de la clientèle du commerçant. Dans les deux hypothèses les moyens qui aboutissent à ce résultat consistent dans une confusion établie dans l'esprit des acheteurs qui, en s'adressant à l'homonyme ou au nouveau locataire, croient s'adresser à un autre commerçant. Dans les deux hypothèses les moyens sont parfaitement licites : l'homonyme use de son droit absolu de se servir du nom qui lui appartient ; le locataire entrant use de son droit absolu de prendre à bail un local disponible et d'y exploiter le commerce qui lui plaît. Mais si, dans l'une ou l'autre hypothèse, le titulaire du droit l'exerce uniquement dans le but de causer un dommage à autrui, ou ne fait rien pour empêcher ce dommage, si la confusion et le détournement de la clientèle qui en résulte, au lieu de se produire en dehors de toute faute, ont été intentionnellement recherchés ou insuffisamment évités, alors apparaît l'aspect illicite qui caractérise la concurrence déloyale.

Cet aspect illicite trouve ainsi sa source non pas dans l'élément matériel du fait de concurrence déloyale, mais dans l'élément intentionnel qui doit, à son tour, retenir notre attention.

II. — **Faute commise par l'auteur de la confusion**

Dans son rapport à la société d'études législatives M. Julliot de la Morandière prétend qu'il serait presque toujours impossible de prouver à la charge du locataire entrant cette faute sans laquelle il n'y a pas de concurrence déloyale.

« La concurrence déloyale, dit-il, comme tout délit civil, suppose deux éléments, le préjudice et la faute. Le préjudice, c'est le détournement de clientèle, la faute, c'est ou bien le fait intentionnel ayant pour but de créer la confusion dans l'esprit des acheteurs, ou tout au moins le manque de précautions ayant abouti au même résultat. Or, si dans notre hypothèse nous rencontrons le premier élément dans le fait que le nouvel occupant bénéfice de l'achalandage perdu par le locataire sortant, il sera au contraire dans la plupart des cas très difficile de prouver l'existence du second » (1).

Ces difficultés, communes à tous les différends dont la solution exige une recherche d'intention, sont loin d'être insolubles. M. Julliot de la Morandière rappelle très justement, dans le passage cité, que la faute caractérisant la concurrence déloyale peut revêtir la forme soit d'une fraude proprement dite, soit d'une simple négligence. Dans la première hypothèse il y a concurrence déloyale fondée sur l'article 1382 du Code civil; dans la seconde il y a concurrence illi-

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1923, p. 318.

cite fondée sur l'article 1383 et qui, si elle donne lieu à une réparation pécuniaire moins considérable, engage pareillement la responsabilité du défendeur. Est-il donc si malaisé d'établir que le nouveau locataire commet l'une ou l'autre de ces variétés de faute ?

Il n'est pas rare que le preneur sortant soit en mesure de démontrer l'intention frauduleuse de son remplaçant. Elle est patente lorsque c'est le propriétaire lui-même qui expulse, en fin de bail, le locataire commerçant et recueille directement les fruits de son travail. Et il n'est guère permis de douter de la mauvaise foi du négociant qui, par des traditions secrètes et de louches collusions avec le bailleur, a marchandé, négocié, obtenu, dès avant l'extinction du bail en cours, grâce à une offre très élevée de loyer ou au versement de pots-de-vin, la succession du locataire actuel.

En admettant que cette arrière pensée dolosive n'existe pas ou échappe à toute preuve, le commerçant évincé aurait en tous cas, le plus souvent, la ressource d'établir qu'il y a eu, du moins, faute par imprudence ou négligence. Les juges, en effet, condamnent ou ordonnent de faire cesser la confusion entre deux noms commerciaux non seulement quand elle a été voulue et préméditée par son auteur, mais aussi quand ce dernier n'a pas pris de suffisantes précautions pour l'empêcher.

Fait remarquable, les tribunaux ont eu déjà l'occasion de se prononcer en ce sens dans notre espèce elle-même, à propos de la similitude de local engendrant la confusion entre le fonds du nouveau preneur et celui de l'ancien.

Le 27 mai 1868, le tribunal de la Seine avait à trancher un procès intenté par MM. Sibon et Crozat marchands d'éponges, contre M. Caillet. Les demandeurs, qui avaient quitté le local, en fin de bail, pour transporter leur fonds à un autre numéro de la même rue, reprochaient au défendeur d'avoir aussitôt loué le magasin devenu disponible et d'y avoir créé un semblable commerce d'éponges.

Bien que M. Caillet n'eût commis aucune faute positive et que la malhonneteté de ses intentions ne pût être prouvée, le tribunal le condamna pour avoir omis de prendre des mesures de publicité propres à éviter une confusion entre les deux établissements.

« Attendu, dit le jugement, que dans l'intérieur de la cour, sur la surface considérable des murs du magasin se trouvent de nombreuses inscriptions relatives au commerce des éponges ; attendu que le nom de Caillet n'y figure pas, que cette omission autorisait les inquiétudes de Sibon et Crozat en rendant imposible pour tout ancien client la connaissance du changement de propriétaire... ; attendu que si le nom de Caillet se trouve inséré sur un tableau placé dessus de la porte cochère, cette annonce placée à une grande hauteur dans une rue fort étroite ne suffit pas à avertir les acheteurs. Par ces motifs, condamne Caillet à 500 francs de dommages-intérêts pour le préjudice causé jusqu'à présent à Sibon et Crozat » (1).

Les tribunaux faisaient déjà, on le voit, de la régle-

---

(1) Cf. *Annales de la propriété industrielle*, L. XVII, 1871-1872, p. 54.

mentation et de la défense de la propriété commerciale avant la lettre.

Étant donné ce précédent judiciaire, spécialement intéressant à notre point de vue, et la vaste compréhension de la notion de faute en matière générale de concurrence déloyale, il ne serait pas besoin d'une bien grande extension de la jurisprudence pour que soit plus largement recevable l'action en concurrence déloyale intentée par le locataire sortant contre le nouveau preneur exerçant un commerce similaire.

SECTION II

L'action en complicité de concurrence déloyale intentée contre le propriétaire

Le propriétaire n'étant pas obligé pendant la durée du bail à garantir son locataire contre une concurrence faite dans l'immeuble, il s'ensuit *a fortiori* qu'il ne peut être tenu pour responsable, une fois le bail terminé, de la concurrence déloyale faite au locataire sortant par le nouveau preneur exerçant un commerce similaire. Il n'en serait autrement, à l'expiration comme durant le cours du bail, que s'il y avait faute du bailleur ou si une clause du contrat ou une loi lui imposait cette obligation de garantie.

Nous écartons, comme tranchant toute difficulté, l'hypothèse d'une convention ou d'une loi interdisant au propriétaire de louer la même boutique pour un commerce similaire pendant un certain délai à courir

de l'expiration du bail. Reste le cas d'une faute commise par le propriétaire.

Il arrive parfois — les abus signalés à propos des revendications commerciales en sont la preuve — que le bailleur provoque ou favorise lui-même, pour en tirer un profit de mauvais aloi, le remplacement du preneur actuel par l'un de ses concurrents avide d'occuper un magasin tout achalandé et prêt à en payer au prix fort la location. Il se rend ainsi incontestablement complice d'un acte de concurrence déloyale.

En dehors de cette fraude, qui « corrompt tout », la complicité du bailleur existe encore et devrait donner lieu à poursuite toutes les fois qu'il s'abstient de prendre, pour éviter une confusion entre les commerces des locataires sortant et entrant, les précautions que la prudence commande.

Là encore on peut utilement invoquer les solutions données par la jurisprudence dans les hypothèses voisines d'homonymie. De l'avis des auteurs et des tribunaux (1), si une personne étrangère au commerce cède son nom à titre onéreux ou sous la forme d'une association fictive, afin que la prétendue société puisse, en en tirant parti dans la raison sociale, tromper et usurper la clientèle d'une autre maison de commerce connue sous le même nom, les juges peuvent exiger toutes mesures de nature à empêcher une confusion

(1) Pouillet, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale ; Allart, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale. Req. rej. 4 février 1852, *S.* 53, I, 213, Paris, 29 oct. 1910, *Ann.* 1911, 1, 174.

frauduleuse. Les mêmes sanctions peuvent être ordonnées au cas où la confusion est due à une simple négligence.

Il semble logique d'en conclure que le propriétaire, libre, en principe, de louer à qui il veut, engage cependant sa responsabilité délictuelle lorsque, faisant succéder dans le même local deux commerçants exploitant une entreprise similaire, il facilite intentionnellement ou ne fait rien pour éviter la confusion qui en résultera entre ces entreprises.

Le jugement déjà cité (1) du tribunal de la Seine s'est d'ailleurs également prononcé sur ce point précis. Les demandeurs ayant dirigé leur action à la fois contre le nouveau locataire et contre le propriétaire qui, en lui louant la boutique abandonnée, avait permis la concurrence déloyale, le tribunal, tout en reconnaissant au bailleur le droit de disposer librement de son immeuble, déclara ce droit limité par l'obligation non seulement de ne rien faire qui puisse induire le public en erreur, mais encore de prendre toutes précautions utiles pour éviter une confusion.

On peut donc concevoir, dès que le propriétaire apparaît accessoirement responsable de la confusion de commerce dont souffre le preneur sortant, soit une action en complicité de concurrence déloyale exercée contre le bailleur, soit une action unique mais mettant solidairement en cause l'auteur principal et l'auteur secondaire du détournement de la clientèle.

---

(1) Cf. *supra*, page 242.

SECTION III

Points sur lesquels le législateur pourrait réglementer la concurrence déloyale en matière de propriété commerciale.

Appliquée au différend entre locataires commerçants se succédant dans les lieux loués, la théorie de la concurrence déloyale ne laisse pas de présenter quelques inévitables lacunes que seul le législateur pourrait utilement combler par une adaptation mieux appropriée de cette théorie aux besoins de la propriété commerciale.

a) Et d'abord, pour donner à la faute commise par le nouvel occupant un caractère mieux reconnaissable et plus indiscuté, il suffirait d'édicter une loi particulière prohibant, pendant un certain délai, l'installation, dans le local, d'un commerce semblable à celui du preneur sortant (1); au surplus, grâce à une inscription prise par ce dernier sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce, les tiers seraient informés avec précision des articles sur lesquels s'exerçait le commerce du premier locataire. Dès lors, le concurrent qui prendrait à bail le magasin achalandé par l'ancien occupant pour y exploiter une entreprise semblable contreviendrait à la

(1) Une exception serait prévue en faveur des locaux qui, en raison de leur construction ou de leur emplacement (hôtels, théâtres, établissements de bains, etc...), ne peuvent être affectés qu'à un commerce déterminé.

prohibition légale qui le lui interdit ; il s'exposerait, en tout état de cause, à une condamnation pécuniaire, et il ne lui serait même pas possible d'exciper de son ignorance de sa bonne foi, puisqu'une organisation de publicité lui permettrait de se renseigner sur le genre de commerce du locataire sortant.

Un tel système n'irait peut-être pas sans inconvénients pratiques. L'interdiction de relouer pour un commerce similaire gênerait le bailleur dans le choix de ses locataires en l'empêchant, souvent contre ses intérêts, d'accepter un preneur dont le commerce s'exercerait sur tout ou partie des mêmes articles que le commerce précédent. D'autre part, le locataire sortant n'en perdrait pas moins l'achalandage incorporé à l'immeuble sans pouvoir se faire indemniser, de ce chef, par qui que ce soit.

Afin d'obvier à ces conséquences extrêmes il y aurait lieu de déroger à l'interdiction au cas où le locataire entrant obtiendrait du locataire sortant, moyennant une indemnité convenue à l'amiable entre eux, l'autorisation d'exercer dans les lieux loués un commerce semblable au sien. Et, pour éviter qu'exploitant la situation, le commerçant évincé ne donne son consentement qu'à prix d'or, il serait facile à la loi de restreindre le montant de cette sorte de « récompense », en s'opposant à ce qu'elle dépasse, dans chaque espèce, une fraction déterminée de la valeur du fonds du locataire sortant.

b) On a fait également remarquer, non sans quelque raison, que resteraient hors de la portée de l'action en concurrence déloyale et échapperaient à toute

poursuite de nombreux faits de détournement de clientèle, savoir tous ceux qui s'accomplissent sans cette confusion entre établissements sur laquelle la jurisprudence fonde ses arrêts. « Ce sera, dit M. Julliot de la Morandière (1), le grand magasin qui « à coup de billets de mille » aura installé sa succursale à la place du petit boutiquier éliminé ; le grand magasin se sera empressé d'affirmer très haut sa qualité, par des réclames, des embellissements, et si les acheteurs continuent à venir, c'est en sachant très bien qu'ils s'adressent en réalité à un nouveau commerçant ; il y aura eu lutte certes, lutte dans laquelle le petit aura été écrasé par le gros, mais lutte à visage découvert, concurrence brutale peut-être, mais non concurrence déloyale ».

Il dépend du législateur de faire un pas de plus dans la voie de l'équité, en qualifiant de déloyale cette concurrence répréhensible non encore sanctionnée par les tribunaux.

Peut-être serait-il d'ailleurs opportun qu'à l'exemple de la loi allemende du 7 juin 1909 (2), un texte général énumère les faits constitutifs de la concurrence déloyale. Cette solution aurait l'avantage de simplifier la tâche des juges et d'en écarter tout risque d'erreur, de variation et d'arbitraire. Elle rendrait, sans doute, plus âpres les relations commerciales,

---

(1) Julliot de la Morandière, *loc. cit.*, p. 319.

(2) La loi allemande du 7 juin 1909 réprime les actes de concurrence déloyale au moyen non seulement de dommages-inrérêts, mais aussi de pénalités, amendes et emprisonnement (*Annales de droit commercial*, 1910, 180).

en assurant l'impunité aux actes malhonnêtes que la loi n'aurait pas prévus. Mais le contrôle de la concurrence y gagnerait, par contre, en exactitude et en simplicité.

Enfin rien ne s'oppose même à ce que soient érigées en délits correctionnels certaines manœuvres déterminées tendant au détournement de la clientèle d'autrui.

c) Il est une dernière question au sujet de laquelle se fait sentir le besoin de quelques précisions législatives : c'est la question des sanctions qu'il convient d'appliquer à l'acte de concurrence déloyale commis par le locataire entrant.

Les juges ont la faculté d'ordonner toutes mesures propres à faire cesser la confusion génératrice du détournement de clientèle. Il leur appartiendrait donc de mettre à la charge du nouveau preneur une publicité (écriteaux, affiches, insertions dans les journaux, etc.) destinée à avertir le public du changement de domicile du fonds de commerce précédemment installé dans le local. Mais ces mesures, qui peuvent avoir une appréciable utilité, n'en constituent pas moins de simples palliatifs. Elles n'empêcheraient pas les chalands, habitués à fréquenter la boutique, de continuer à y faire leurs achats s'ils y voyaient en vente des articles semblables à ceux offerts autrefois par l'ancien occupant.

La seule sanction réellement efficace consisterait dans la condamnation pécuniaire du nouveau preneur. Mais il apparaît souhaitable que, contrairement aux principes de la concurrence déloyale, les dommages-

intérêts ne se mesurent pas toujours à l'intégralité du préjudice, car le préjudice causé au locataire sortant peut correspondre à la valeur entière de son fonds de commerce et il serait excessif d'en imposer ainsi le rachat au locataire entrant. Il y aurait donc intérêt à ce que le législateur prévoie la limite maxima des dommages-intérêts, en prescrivant, par exemple, aux juges de les évaluer proportionnellement au chiffre d'affaires atteint, pendant la dernière année avant l'expiration du bail, par le fonds du preneur sortant.

CONCLUSION

La question dite de la propriété commerciale doit presque toute sa complexité à la manière imprécise et confuse dont elle a été le plus souvent posée, aux innombrables considérations politiques et sociales qui en ont altéré l'aspect, faussé la portée et compliqué l'étude.

Dans l'esprit de ceux qui en discutent elle soulève tantôt l'un ou l'autre, tantôt à la fois l'un et l'autre des deux problèmes suivants : le problème de la protection de l'achalandage du locataire sortant, et celui du renouvellement du bail commercial. Résumant et coordonnant nos conclusions fragmentaires antérieures, nous nous bornerons ici à mettre en lumière les traits essentiels de ces deux problèmes distincts et le sens dans lequel il convient d'en rechercher la solution.

Problème de la protection de l'achalandage du locataire sortant

Le problème relatif à l'achalandage du locataire sortant est, en général, présenté à peu près en ces

termes par les défenseurs de la propriété commerciale :

L'achalandage est une valeur indissolublement attachée, par les soins du locataire-commerçant, au siège de son fonds. Mais il est illogique et injuste que le locataire-commerçant ait sur cette valeur incorporée au domicile commercial des droits aussi fragiles et aussi limités que sur le domicile commercial lui-même.

En effet, le domicile loué commercialement n'est ni l'œuvre ni la propriété du commerçant. Ce dernier ne l'occupe qu'à titre précaire, en vertu d'une faculté de jouissance dont la valeur décroit graduellement, pour se réduire à zéro à l'expiration du bail ; et, en le quittant à ce moment, il ne fait aucun cadeau au propriétaire, mais effectue une simple restitution.

Au contraire, l'achalandage est le fruit de l'activité du locataire-commerçant et, par conséquent, sa propriété perpétuelle ; c'est sa propriété « commerciale ». Il survit au droit au bail et, lorsque le propriétaire en hérite, une fois le bail éteint et non renouvelé, il reprend quelque chose qui n'est pas à lui et s'enrichit indûment aux dépens du preneur sortant.

L'achalandage du locataire-commerçant n'étant pas effectivement séparable des lieux loués, deux solutions permettent d'en imposer, en fin de bail, le respect au propriétaire : ou bien le contraindre à renouveler le bail, ou bien l'obliger à indemniser le locataire sortant de la valeur de l'achalandage dont il est désormais privé.

A cette argumentation, partiellement vraie mais que vicient quelques erreurs fondamentales, il est préférable, à notre sens, de substituer l'argumenta-

tion suivante, plus conforme à la réalité des faits et plus respectueuse des droits mis en cause.

Le locataire-commerçant a un droit non pas sur l'achalandage proprement dit, pure situation de fait qui échappe à tout pouvoir privatif, mais sur l'objet matériel qui en constitue le signe de ralliement, c'est-à-dire sur les lieux loués. Tant que dure le bail, il est libre de se servir et de tirer parti de l'immeuble en vue de la création, du maintien et du développement de l'achalandage. Dès que le bail expire, il perd ce droit. Mais, au point de vue de l'équité, il conserve encore un certain droit *sui generis* sur le local abandonné, dans la mesure où ce local est devenu, grâce à lui, et demeure un signe de ralliement de sa propre clientèle ; ce droit, c'est celui d'exiger que le nouvel occupant n'utilise pas gratuitement et impunément la qualité ainsi conférée à l'immeuble par son prédécesseur dans le but de rallier déloyalement à son profit la clientèle de ce dernier. Or il peut en être ainsi toutes les fois que le locataire sortant est remplacé par un concurrent exerçant le même commerce que lui.

Le problème se trouve dès lors singulièrement simplifié. Il n'existe que s'il y a relocation pour un commerce similaire. Il se pose principalement entre l'ancien et le nouvel occupant, accessoirement entre le locataire sortant et le propriétaire, lorsque celui-ci favorise le détournement d'achalandage tenté par le locataire entrant.

Il ne reste donc plus qu'à appliquer ou à étendre la théorie jurisprudentielle de la concurrence déloyale, à

exiger du nouveau locataire et du bailleur toutes précautions nécessaires pour éviter une confusion dans l'esprit de la clientèle du preneur sortant, ou à les actionner en dommages-intérêts, le premier comme auteur, le second comme complice d'un acte de concurrence déloyale.

Quant à l'intervention du législateur, si elle apparaît utile, elle pourrait consister soit à rendre plus difficilement réalisable cette nouvelle forme de concurrence déloyale, en interdisant, par exemple, pendant un certain temps, la relocation à un commerce similaire, soit à en règlementer la répression, notamment en prévoyant les conditions d'octroi et le mode de calcul des dommages-intérêts alloués au locataire sortant. Cette manière d'envisager et de résoudre le problème présente des avantages théoriques et pratiques incontestables.

En premier lieu, elle ne se heurte ni au droit de propriété ni à la liberté des conventions. Elle laisse inviolés ces principes traditionnels, au lieu de leur porter une atteinte aussi improfitable aux locataires commerçants et à la paix sociale qu'injustifiée à l'égard des bailleurs. Elle n'encourt pas le reproche d'envenimer et de bouleverser les rapports des commerçants et des propriétaires. Elle n'a pas la brutale rigidité des systèmes qui considèrent *à priori* tous les locataires-commerçants comme des victimes de leurs bailleurs et traitent avec une égale défiance les propriétaires fautifs et ceux qui ne le sont pas. Elle se borne à poursuivre la fraude et à atteindre ceux-là seuls qui en sont responsables, sans avoir besoin de

recourir à l'expédient des présomptions légales et des généralisations systématiques.

Elle permet, en outre, de déterminer avec équité et précision l'étendue des sanctions à appliquer aux actes attentatoires à la propriété commerciale du locataire sortant. Il n'est plus nécessaire, en effet, pour fixer l'indemnité due à celui-ci, de calculer la plus-value que son activité à procurée à l'immeuble, calcul extrêmement délicat en raison de la complexité des causes génératrices de cette plus value, calcul forcément approximatif et presque toujours arbitraire. Il suffit de proportionner l'indemnisation du preneur au dommage qui résulte pour lui du détournement de sa clientèle. Le nouveau locataire et le bailleur voient ainsi leur responsabilité équitablement limitée au tort qu'ils ont effectivement causé, par leur faute ou leur complicité, à l'achalandage du commerçant évincé. Quant à ce dernier, il a la certitude d'obtenir, en vertu des principes de la concurrence déloyale, une réparation pécuniaire correspondant aussi exactement que possible au préjudice subi ; il y a lieu, notamment, de tenir compte ici des suroffres suspectes d'un concurrent avide d'usurper l'achalandage inhérent aux lieux loués et des pots-de-vin qu'il a versés dans ce but, tous éléments d'appréciation dont on ne peut pas logiquement faire état dans l'attribution d'une indemnité basée sur la plus-value locative acquise par l'immeuble.

La mise en cause, à titre principal, du nouvel occupant a surtout le mérite d'atteindre en lui le véritable auteur des injustices dont se plaignent les loca-

taires-commerçants, celui qui cherche à moissonner ce qu'ils ont semé.

S'il lui était impossible à l'avenir, sans engager sa responsabilité délictuelle, de s'approprier les fruits du travail du locataire-sortant, il n'aurait plus les mêmes raisons de convoiter la boutique achalandée par ce dernier, et il hésiterait à solliciter, pour en obtenir la location, la complaisance intéressée du bailleur. Du même coup, les propriétaires, moins souvent tentés par des offres séduisantes, seraient mieux disposés à renouveler le bail arrivé à échéance, ou du moins à ne pas disposer abusivement, en cas de non-relocation, de l'achalandage attaché à l'immeuble par le preneur sortant. On détruirait ainsi le mal dans sa racine en faisant disparaître le motif des abus qui se produisent à l'expiration des baux commerciaux.

Enfin, la localisation du conflit sur le terrain d'une concurrence entre commerçants amènerait sans doute, comme le remarque M. Rigaud (1), à confier l'attribution de l'indemnité à la compétence de la juridiction consulaire, plus rapide et plus apte que les tribunaux civils à apprécier à sa juste valeur le préjudice subi par le locataire sortant.

Problème du renouvellement du bail commercial

Réduit à ces modestes mais justes proportions, le problème de la propriété commerciale aurait pu, semble-t-il, être aisément résolu. Mais les commer-

(1) *Annales de droit commercial*, 1921, p. 140.

çants ont cru devoir en élargir le champ et en compliquer les termes, en y mêlant, par un lien artificiel, la question plus générale et toute différente du renouvellement des baux commerciaux.

Après s'être bornés à protester contre les abus dont souffre leur achalandage, à l'occasion du non-renouvellement des baux, dans le cas de relocation à un commerce similaire, les locataires-commerçants se sont mis à dénoncer comme un abus le seul fait du non-renouvellement, quel que soit le commerce exercé par le nouveau preneur. Non contents de revendiquer un droit perpétuel sur l'achalandage incorporé au domicile commercial, ils en sont venus, poussés par la pénurie des locaux vacants et encouragés par la législation de guerre des loyers, à réclamer la perpétuité du domicile commercial lui-même.

Nous ne reviendrons pas sur les décisives objections qui s'opposent à la consécration d'un droit au renouvellement du bail. Cependant tout n'est pas à rejeter dans les revendications relatives au renouvellement des baux commerciaux. Nous avons vu qu'en dehors même des abus dont il est l'occasion ce renouvellement entraîne des conséquences préjudiciables aux intérêts vitaux du commerce, conséquences encore aggravées, depuis la guerre, par la raréfaction des locaux vacants. On peut donc se demander si, à défaut d'un droit absolu sur les lieux loués, il ne serait pas souhaitable que des garanties légales ou conventionnelles protègent le locataire-commerçant contre la non-relocation, ou atténuent, tout au moins, le dommage qu'il peut subir de ce chef.

Mais il s'agit alors de la protection du domicile commercial, et non plus de celle de la propriété commerciale. Ce problème, qui mériterait un examen approfondi, déborde nettement le cadre de notre étude. Toutefois, comme il a été fréquemment évoqué, en fait, à propos de la propriété commerciale, nous essayerons d'énumérer brièvement, à titre purement indicatif, les solutions susceptibles de lui être données.

Garanties légales pouvant être accordées, à titre exceptionnel et provisoire, aux locataires-commerçants. — Le préjudice causé aux commerçants par le non-renouvellement du bail doit une large part de sa gravité à la difficulté qu'ils éprouvent pour se rétablir ailleurs, en raison de la pénurie des locaux disponibles. Mais, si cette pénurie se prolonge, tout porte à croire qu'elle ne durera pas toujours ; c'est une crise économique destinée à se résoudre, à une échéance plus ou moins lointaine, par le retour à un état normal.

Le législateur pourrait donc, au moyen de nouvelles prorogations, obvier à ce mal passager, en maintenant jusqu'à nouvel ordre les locataires-commerçants en possession des lieux loués. Ce serait là, certes, une atteinte au droit de propriété et à la liberté des conventions, mais une atteinte essentiellement provisoire, justifiée par des nécessités temporaires et exceptionnelles ; elle aurait donc l'avantage de réserver l'avenir, de n'engager aucun principe juridique, de ne pas inscrire définitivement dans le Code une disposition contradictoire avec d'autres qui y sont déjà énoncées, principalement avec celles mentionnées dans les articles 1134 et 1737.

Garanties conventionnelles contre le non-renouvellement ou contre ses conséquences préjudiciables au locataire-commerçant. — Étant donné les difficultés juridiques et économiques que soulève toute intervention de la loi dans les contrats, il y a lieu de rechercher s'il n'est pas à la fois plus simple et plus efficace de laisser au locataire-commerçant lui-même le soin de se prémunir conventionnellement contre les éventualités qui le menacent à l'expiration du bail. « Le contrat de bail, dit Me Paul Gilles, est un contrat comme les autres contrats. Il appartient au commerçant détaillant, au moment où il le signe, de prévoir les clauses qui doivent assurer la protection de ses intérêts ultérieurs (1) ».

Les conventions ont sur la loi l'indiscutable supériorité de la souplesse. Elles peuvent se conformer exactement aux besoins infiniment variables de ceux qui les rédigent, s'adapter aux situations individuelles et à toutes les circonstances propres à chaque espèce. Rien n'empêche donc théoriquement les commerçants d'insérer dans leurs baux des clauses visant la relocation. Ces clauses leur donneraient, par exemple, à offres égales ou non, un droit de préférence pour relouer sur tous autres candidats ; elles pourraient déterminer à l'avance le prix du bail renouvelé, décider qu'il serait fixé par expert ou par tout autre moyen.

Mais si les commerçants ne recourent guère pratiquement à ces sortes de garanties, c'est parce que, les

---

(1) *Bulletin mensuel de l'Alliance syndicale du commerce et de l'industrie*, novembre 1913, p. 283.

locaux commerciaux étant plus demandés qu'offerts, le propriétaire est le plus fort dans la discussion et fait la loi du contrat.

Pour rétablir l'égalité entre les contractants, certains ont préconisé la rédaction, par les associations intéressées, de conventions collectives. « Il y aurait intérêt, dit M. Gavelle (1), pour les commerçants, à élaborer dans leurs groupements un ou plusieurs types de baux commerciaux d'où certaines clauses abusives seraient exclues et où, au contraire, seraient introduites des conditions pratiques propres à sauvegarder équitablement leurs intérêts et ceux des propriétaires, puis à entrer en négociations avec la Chambre des propriétaires pour la conclusion d'une convention collective ratifiant ce ou ces types de baux commerciaux ».

De tels accords seraient malheureusement assez difficiles à réaliser, par suite de la multiplicité des associations professionnelles et du manque fréquent d'entente entre elles. Au surplus, n'étant que de simples formules proposées aux contrats particuliers, ils n'auraient point la valeur d'engagements rigoureux. Néanmoins, ces baux-types offriraient l'intérêt de synthétiser les stipulations généralement admises par les propriétaires, d'exprimer les usages consacrés ; invoqués comme modèles par le commerçant, au cours de la rédaction de son bail, ils jouiraient d'une utile autorité.

---

(1) Gavelle (H.), Rapport au *Parlement commercial*, Société des publications scientifiques et industrielles, Paris, 8, rue du Débarcadère, 1914.

Parmi les garanties conventionnelles ordinairement conseillées aux locataires-commerçants on trouve encore l'assurance contre le risque du non-renouvellement. M. Torrant (1) expose et apprécie en ces termes cette solution : « On n'a pas manqué de répondre aux doléances des locataires victimes de la précarité de leurs droits sur le siège de leurs affaires commerciales que, ne pouvant pas prétendre à des renouvellements indéfinis, ils devaient compter dans leurs frais généraux, à titre d'amortissement, la somme représentant le préjudice éventuel d'un déplacement forcé de leur fonds. Ce n'était là qu'une fin de non-recevoir, car les loyers-commerciaux sont déjà assez lourds pour qu'il soit au-dessus des moyens de la plupart des détaillants de mettre encore en réserve chaque année des sommes dont le total, à l'expiration du bail, devrait égaler parfois la valeur même du fonds.

« Mais ce que l'épargne isolée est impuissante à entreprendre, la mutualité organisée suivant les lois de la statistique ne peut-elle pas le réaliser ? Le non-renouvellement des baux est assimilable à un risque en ce sens que, sans être un événement fatal, il est un accident que la volonté du locataire ne peut empêcher. En l'état actuel du droit, il offre aussi ce caractère, commun à tous les risques que l'on assure, d'être un événement dont la victime ne peut demander à personne réparation. Tous ceux qui sont exposés au même risque peuvent trouver le moyen d'y parer à

(1) Torraut, *op. cit.*, p. 175.

frais réduits soit en formant des associations mutuelles, soit en s'adressant à une compagnie d'assurances à primes fixes disposée à les garantir...

« L'assurance semble avoir, en outre, le grand avantage de rendre le fonds de commerce beaucoup moins dépendant du droit au bail..... Il faut, sans doute, laisser aux actuaires et aux professionnels de la mutualité le soin de trouver la formule financière et l'organisation pratique qui conviendront le mieux à ces nouvelles assurances, mais nous serions bien surpris si l'avenir ne leur réservait une place importante dans la protection de la propriété commerciale ».

Enfin, l'adoption par les parties d'une clause obligeant le propriétaire à faire connaître au preneur, quelque temps avant la fin du bail, son intention de rompre ce dernier ou de le renouveler et les conditions auxquelles il soumettra la conclusion d'un bail nouveau éviterait la rupture imprévue et brutale du lien contractuel. Ce terme de préavis n'empêcherait pas le propriétaire de refuser la relocation, mais il permettrait au locataire, prévenu à l'avance de ce refus, de prendre toutes précautions utiles pour en réduire au minimum les conséquences préjudiciables.

Réformes économiques générales susceptibles de contribuer à la conciliation des intérêts des propriétaires et des locataires-commerçants. — Telles sont les principales solutions, légales et conventionnelles, applicables au problème du renouvellement du bail commercial. Sans en sous-estimer la valeur, il convient de ne point se dissimuler que leur efficacité demeurera douteuse

aussi longtemps qu'elles se heurteront à l'intérêt des propriétaires.

Tant que ceux-ci auront un avantage majeur à refuser la relocation ou à hausser sensiblement le prix du nouveau loyer, ni la convention ni la loi n'y pourront mettre un sérieux obstacle. Etant maîtres de la discussion ils ne manqueront pas de s'opposer à l'insertion, dans le contrat, de toutes clauses restrictives de leurs droits. Et si le législateur prend le parti de limiter et de conditionner lui-même leur liberté, ils ne seront pas embarrassés pour tourner la loi ou se soustraire habilement à son application, soit au moyen de stipulations dérogatoires, soit par des locations sans bail, soit en vendant désormais leurs immeubles aux commerçants au lieu de les leur louer (1).

Aussi apparaît-il inopérant, pour régler la question de la relocation commerciale, de s'en remettre à la seule bonne volonté des contractants, ou de recourir au glaive de la loi, qui tranche mais ne dénoue pas.

---

(1) Me Macaigne signale jusqu'à quel point une réforme instituée contre le gré des propriétaires pourrait être néfaste aux commerçants : « Les propriétaires, dit-il, se grouperaient en puissantes sociétés immobilières qui exploiteraient les fonds de commerce au moyen de gérants. Et vous, aujourd'hui les maîtres de vos boutiques, vous seriez les gérants, les serfs, les domestiques de ces sociétés immobilières. Ou bien encore, les propriétaires ne consentiraient plus de baux ; ils loueraient à la journée avec les restrictions qui font la loi des parties. Désormais, la sécurité du lendemain n'existerait plus. Ce serait la surenchère des locaux commerciaux qui règnerait en maîtresse suivant les saisons, suivant les emplacements. Auraient seuls le droit de cité le commerçant propriétaire de l'immeuble et le trust envahisseur, la firme à succursales multiples. » (Conférence faite le 7 novembre 1913 à la Salle des Sociétés savantes. Brochure du Comité de défense de la Propriété commerciale et industrielle, Paris.)

La fréquence et la gravité du non-renouvellement des baux commerciaux sont essentiellement imputables à un antagonisme momentané entre les intérêts respectifs des commerçants et des propriétaires. Si l'on veut concilier ces intérêts, il faut, avant tout, s'efforcer de résoudre cet antagonisme. Et le plus sûr moyen de le résoudre, c'est de chercher d'abord à en supprimer les causes. Quelles sont donc les causes profondes qui poussent les propriétaires à refuser le renouvellement des baux ou à le subordonner à des conditions souvent inacceptables par le preneur sortant ?

Dans la généralité des cas, et mises à part les hypothèses exceptionnelles de déloyauté du bailleur, ces causes sont au nombre de deux ; ce sont : la raréfaction des locaux vacants et la dépréciation de notre monnaie.

Et d'abord, ce qui incite les propriétaires à louer leurs immeubles aux plus offrants et à évincer les locataires sortants incapables de surenchérir, c'est la disproportion numérique actuelle entre les locaux disponibles et les commerçants qui en ont besoin. Il n'est en rien surprenant que, possédant une richesse rare et ardemment désirée de tous côtés, le propriétaire d'une boutique à louer en proportionne le prix locatif à sa rareté et à l'acuité des convoitises dont elle est l'objet ; il ne fait, en cela, qu'appliquer les règles bien connues de la concurrence.

En dehors des cas où il fausse frauduleusement cette concurrence et se rend complice d'actes de concurrence déloyale, sa spéculation est en tous points as-

similable à celle du commerçant qui profite des bonnes aubaines, vend sa marchandise d'autant plus cher qu'elle est plus recherchée et donne la préférence aux acheteurs qui font les meilleures offres.

Il y a seulement lieu de remarquer que, depuis que sévit la crise immobilière, la loi de l'offre et de la demande se trouve être, en matière de loyers, invariablement favorable aux propriétaires.

Or ce n'est pas à des mesures de contrainte légale ou à d'impossibles accords conventionnels qu'il faut demander le rétablissement du jeu normal de cette loi. Le retour à l'égalité économique des bailleurs et des locataires ne peut provenir que d'un effort intense et fructueux de reconstruction; et la reconstruction n'est possible que si, par une politique appropriée, les pouvoirs publics lui apportent l'encouragement, l'aide et les garanties désirables.

Il n'est pas niable que le jour où, grâce à l'abondance des locaux sur le marché, l'équilibre sera restauré entre le nombre des boutiques demandées et celui des boutiques offertes, les bailleurs seront moins tentés de mettre les locaux commerciaux aux enchères et accepteront plus couramment de renouveler ceux en cours à des conditions raisonnables.

Mais une seconde difficulté entrave cette « normalisation » des locations commerciales, c'est la dépréciation de notre monnaie. Si les propriétaires ne consentent à renouveler les baux qu'en les majorant à des prix généralement très élevés, c'est que, étant donné l'avilissement croissant du franc, l'expérience qu'ils ont faite à leurs dépens depuis la guerre les porte à

redouter qu'un prix de loyer trop justement calculé ne tende progressivement à devenir insuffisamment rémunérateur, ou même dérisoire.

Il s'ensuit que, si des garanties étaient données aux bailleurs contre les fluctuations monétaires à venir, le renouvellement des baux deviendrait, du même coup, beaucoup plus facile. Or, il serait relativement simple de prévoir et d'organiser de telles garanties. Elles pourraient résulter, notamment, soit de l'établissement des baux sur la base d'une monnaie stable, soit de la révision périodique du prix des loyers, en correspondance avec les changements survenus dans la situation économique (1).

Grâce à l'adoption de mesures de ce genre, mesures aussi justes que rationnelles, le renouvellement des baux commerciaux se trouverait largement favorisé, à la satisfaction de tous les légitimes intérêts en présence.

***

Nous arrivons ainsi au terme de cette étude consacrée au délicat problème de la propriété commerciale. Puisqu'il se trouve discuté sur le terrain parlementaire, il appartient aux assemblées politiques d'en approfondir encore l'examen et de le résoudre sous la forme précise et détaillée d'un texte législatif.

---

(1) On pourrait, par exemple, fixer le prix initial du bail eu égard à l'index officiel du coût de la vie, publié chaque trimestre par le Ministère du Travail, et réviser annuellement, s'il y a lieu, le prix du loyer en proportion de l'écart existant entre l'index afférent au moment de la signature du bail et le dernier index publié avant la révision.

Notre unique but était de dégager ce problème de tout ce qu'il présente d'accessoire et de surajouté, de simplifier ses données, de le ramener aux suffisantes proportions d'une question de droit civil, et de chercher à esquisser, à la lumière des principes juridiques qu'il met en jeu, l'ébauche de sa solution. Puissions-nous, par nos modestes efforts, avoir quelque peu contribué à ce travail préliminaire de délimitation et de mise au point.

Vu :
Le Président et correcteur de la thèse,
Marc DESSERTEAUX.

Vu :
Pour le Doyen de la Faculté de droit :
L'Assesseur,
M. VIGNES.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
Th. ROSSET.

ANNEXE

Proposition de loi règlant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles à usage commercial ou industriel.

Texte adopté par la Chambre le 4 juin 1925

ARTICLE PREMIER. — Le renouvellement des baux à loyer des locaux et immeubles où s'exploite depuis au moins deux années un fonds de commerce ou d'industrie est régi par les règles ci-après :

ART. 2. — Le locataire, cessionnaire ou ses ayants cause qui voudront obtenir le renouvellement d'un bail écrit devront, dans le délai maximum de deux ans et minimum de dix-huit mois avant l'expiration du bail, notifier une demande de renouvellement au propriétaire par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec avis de réception.

Faute d'accord entre les parties dans les deux mois de cette notification, le bailleur et le locataire comparaîtront, à la requête de la partie la plus diligente, et quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal civil de la situation de l'immeuble, lequel aura pour mission de concilier les parties en vue du renouvellement sollicité et de faire consigner, le

cas échéant, leurs prétentions respectives et, notamment les motifs de refus opposés par le bailleur.

Si l'une des parties ne comparaît pas, le juge devra ordonner sa réassignation avant de prononcer défaut.

Le locataire défaillant sera déchu du bénéfice de la présente loi.

Le propriétaire défaillant sera présumé consentir au renouvellement du bail, dont le prix et la durée seront réglés dans les conditions prévues à l'article trois.

La partie défaillante aura droit de faire opposition dans le délai de quinzaine de la signification de l'ordonnance rendue contre elle.

Les parties comparaîtront en personne : toutefois, en cas d'excuse jugée valable, elles pourront se faire représenter par un avoué ou un avocat régulièrement inscrit, dispensé de procuration.

Art. 3. — Lorsqu'il résultera du procès-verbal dressé par le juge que le bailleur consent, en principe, au renouvellement, et si ce différend porte sur le prix, la durée, les conditions accessoires ou sur l'ensemble de ces éléments, chacune des parties désignera un arbitre.

Faute par l'une des parties d'avoir procédé à cette désignation dans les quinze jours qui suivront l'audience de conciliation ou l'expiration des délais d'opposition, il y sera pourvu d'office par le président.

Pour la fixation du prix, les arbitres devront tenir compte de toutes considérations de fait, et, notamment, de la situation économique.

Si le propriétaire justifie d'une offre faite par un

tiers, les arbitres vérifieront la sincérité et la réalité de cette offre que le propriétaire pourra accepter si le locataire ne peut faire une offre égale. Le prix du loyer sera alors fixé au montant de l'offre reconnue sincère et réelle.

Les arbitres devront, en outre, examiner si cette offre est hors de proportion avec la valeur du loyer sur lequel le propriétaire pouvait raisonnablement compter. Dans ce cas, le locataire qui renoncera au renouvellement du bail, en raison du prix excessif du loyer imposé par l'offre, pourra réclamer une indemnité d'éviction dans les termes de l'article 4 ci-après. Cette indemnité sera à la charge du nouvel occupant et versée par lui avant son entrée en jouissance, faute de quoi le propriétaire sera tenu du payement.

Sauf accord entre les parties, la durée du nouveau bail imposé par les arbitres sera égale à celle du bail en cours sans, toutefois, dépasser neuf ans.

Les autres conditions proposées par le propriétaire dans un intérêt légitime seront homologuées par les arbitres, sauf à en tenir compte dans la détermination du prix.

En cas de désaccord entre les arbitres, l'affaire reviendra, à la requête de la partie la plus diligente, devant le président du tribunal ou le juge par lui délégué, pour être statué par lui après en avoir conféré avec les arbitres, et entendu les parties, lesquelles pourront se faire représenter ou assister par un avoué ou par un avocat régulièrement inscrit, dispensé de procuration. En cas de difficulté particulière, le président pourra ordonner une expertise.

L'ordonnance devra être motivée. Appel pourra en être relevé devant la Cour d'appel, dans les quinze jours de la signification. Cet appel ne subira pas l'inscription au rôle et sera porté directement à une audience spéciale.

Dans les quinze jours qui suivront la décision les parties dresseront le nouveau bail dans les conditions convenues et arbitrées, si mieux n'aime le locataire renoncer à sa demande de renouvellement, à charge par lui de supporter tous les frais.

Les décisions ainsi rendues pourront être, à la demande de l'une des parties, révisées en ce qui concerne le prix du bail, sans tenir compte des offres des tiers cinq ans après le jour de l'entrée en jouissance dans les conditions prévues au présent article.

Art. 4. — Si le bailleur refuse de renouveler le bail, ou s'il refuse le renouvellement aux conditions déterminées par les articles précédents, et si les motifs allégués par lui ne sont pas jugés graves et légitimes à l'encontre du locataire sortant, celui-ci aura droit à une indemnité en rapport avec le préjudice causé par le défaut de renouvellement.

L'assignation devra être signalée dans la quinzaine du procès-verbal de non-conciliation ou du refus constaté par le propriétaire de procéder au renouvellement. Elle sera donnée devant le tribunal civil qui statuera comme en matière sommaire.

Le propriétaire qui aura succombé pourra néanmoins, dans la quinzaine de la signification du jugement, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de

consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, seront fixées conformément aux règles de l'article 3.

Le locataire sortant aura droit, même au cas où par application de l'article suivant il n'aurait pas d'indemnité à recevoir, de faire évaluer l'indemnité éventuelle prévue au premier paragraphe, ainsi que celle de l'article 8 ci-après, par la procédure prévue à la présente loi.

Art. 5. — Le propriétaire aura le droit de refuser tout renouvellement du bail lorsqu'il reprendra les locaux loués soit pour les occuper personnellement et effectivement, ou y établir ses enfants, soit pour reconstruire l'immeuble.

Toutefois, si le propriétaire a acquis le local ou l'immeuble en vue de se substituer au locataire sortant, il devra l'indemnité prévue à l'article 4 au cas où il refuserait le renouvellement en vue d'exercer par lui-même, ou par ses enfants, ou par une société dont il ferait partie, dans l'immeuble reconstruit ou non reconstruit, un commerce ou une industrie.

L'acquisition sera même présumée faite dans ce but, sauf preuve contraire, si elle n'a pas date certaine avant les cinq ans qui précèdent l'expiration du bail.

Au cas où il viendrait à être établi à la charge du propriétaire qu'il n'a exercé la reprise du local qu'à titre provisoire et dans le but de faire fraude au droit du locataire, celui-ci aura droit à des dommages-intérêts.

Le propriétaire qui veut exercer le droit de reprise conformément au présent article devra donner préa-

avis par acte extrajudiciaire au locataire occupant trois ans au moins avant le départ de celui-ci.

Toutefois, à titre transitoire, en ce qui concerne les baux ou prorogations en cours venant à expiration moins de trois années après la promulgation de la présente loi, le délai de préavis pour l'exercice du droit de reprise sera ramené à la moitié du temps à courir jusqu'à l'expiration du bail, sans que ce délai puisse être inférieur à six mois. Ce préavis devra être donné dans les trois mois de la promulgation de la loi.

Art. 6. — Lorsqu'il s'agit d'un immeuble spécialement affecté, par sa nature et ses dispositions, à un commerce ou à une industrie nettement déterminés et que la location sera déclarée par le juge porter à la fois sur l'immeuble et sur le fonds de commerce, le propriétaire, en cas de non renouvellement du bail, ne devra une indemnité au locataire qui aura continué le commerce déjà existant que dans la mesure fixée à l'article 7.

Art. 7. — Dans le cas où il exerce la reprise des locaux loués pour un usage commercial ou industriel sans être tenu à l'indemnité prévue à l'article quatre, le propriétaire devra toutefois payer au locataire sortant une indemnité à concurrence du profit qu'il aura retiré de la plus-value apportée par lui à la valeur locative de l'immeuble, par suite de la création ou du développement de son industrie ou de son commerce, ou par suite des aménagements qu'il aurait effectués si, d'après le bail, ceux-ci ne deviennent pas la propriété du bailleur.

Art. 8. — Si, dans les cinq ans qui suivent l'expiration du bail, l'immeuble est occupé par un commerce ou une industrie similaire et que le nouvel occupant tire un avantage appréciable de l'accroissement de clientèle ou d'achalandage créés ou acquis par le locataire sortant, celui-ci pourra agir contre le nouvel occupant en indemnité à concurrence de son enrichissement.

Cette action se cumulera avec celle de l'article 4.

Art. 9. — Toutes les actions exercées en vertu de la présente loi sont portées devant le tribunal civil de la situation de l'immeuble et se prescrivent par une durée de deux ans.

Art. 10. — Les dispositions ci-dessus s'appliquent aux baux de terrains sur lesquels des constructions à usage industriel ou commercial ont été édifiées soit par le propriétaire, soit par le preneur avec l'autorisation du bailleur. Elles ne s'appliquent pas aux baux emphytéotiques, mais les baux consentis par l'emphytéote bénéficient des dispositions ci-dessus sans que, cependant, la durée du renouvellement puisse dépasser la durée du bail emphytéotique.

Art. 11. — Sont nulles et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements de nature à faire échec au droit au renouvellement consacré par la présente loi.

Les baux ou promesses de baux consentis à des tiers pour la période qui doit suivre les baux en cours ne sont valables que s'ils ont date certaine avant le 13 mars 1919.

La date certaine devra même être antérieure au

1er août 1914, lorsque les locataires actuels auront été mobilisés pendant deux ans au moins au cours des hostilités ou qu'ils auront été réformés pour blessures reçues ou maladies contractées en service pendant cette période ou lorsque lesdits locataires seront des veuves de guerre non remariées, des pères ou des mères dont les fils sont morts pour la France, des sociétés en nom collectif dont tous les membres auront été ou seront mobilisés dans les conditions ci-dessus ou des sinistrés dont l'habitation a été détruite ou rendue inhabitable par faits de guerre.

Art. 12. — A titre transitoire, le délai minimum de dix-huit mois avant l'expiration du bail précédemment prévu pour la demande de renouvellement ne sera pas opposable aux locataires dont les baux auront moins de deux ans à courir à la date de la promulgation de la loi.

Art. 13. — Pendant les six mois qui suivront la promulgation de la présente loi, la demande de renouvellement pourra être faite :

1° Par tout locataire qui pourra exciper, à l'origine de sa possession, d'un bail écrit, soit que ce bail soit encore en cours, soit qu'il ait été renouvelé par tacite reconduction ou prorogé à l'amiable par l'effet de la loi ou par décision de justice ;

2° Par tout locataire qui ne pourra exciper d'un bail écrit, mais dont la possession aura eu, à la date de la promulgation de la loi, une durée égale ou supérieure à quinze années. Toutefois, ce délai de quinze ans sera réduit à cinq ans pour les locataires commerçants démobilisés qui ont installé leur fonds de com-

merce dans les lieux loués depuis leur démobilisation.

Dans ce dernier cas, la durée de la prorogation sera fixée par le juge et ne pourra être inférieure à trois ans.

Art. 14. — Les locataires qui pourront invoquer, en vertu d'un bail verbal, une jouissance consécutive d'au moins neuf ans pourront demander un renouvellement du bail pour une durée de trois années dans les conditions de l'article 3.

Cette demande de renouvellement devra être formée par acte extra-judiciaire dans le mois qui suivra le congé donné par le propriétaire.

Art. 15. — La présente loi est applicable aux locations faites, sous forme d'adjudications, par l'État, les départements, les communes et les établissements publics. Elle est également applicable aux établissements d'enseignement, ainsi qu'aux artisans et façonniers que les lois fiscales du 31 juillet 1917 et du 30 juin 1923 ont exonérés de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux.

Art. 16. — La présente loi ne pourra être invoquée par les commerçants ou industriels de nationalité étrangère en possession, au 1er janvier 1923, des locaux et appartenant à des pays où n'existe pas, au profit des Français, une législation analogue protégeant la propriété commerciale, à moins qu'ils ne soient dans l'un des cas prévus par les alinéas 1er, 3 et 4 du paragraphe 5 de l'article 8 du Code civil ou qu'ils n'aient combattu dans les armées alliées.

Elle ne bénéficiera pas non plus aux maisons de commerce ayant plus de cinq succursales.

ART. 17. — La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies où ont été promulgués le code civil et le code de commerce, et aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Recueils de Jurisprudence

DALLOZ et SIREY. — *Recueils.*
Annales de la propriété industrielle (Ann.).

II. — Ouvrages généraux et spéciaux

ADAM. — *La Propriété commerciale, sa Défense,* Thèse, Montpellier, 1914.

ANDRÉ. — *La Propriété commerciale.* Editions de la « Vie Universitaire », 13, quai de Conty, Paris.

AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit civil français,* 5e édition, Paris, 1922.

BORDAUD ET CHABROL. — *Traité général des Fonds de commerce et d'industrie,* Paris, 1905.

BRY. — *Cours élémentaire de Législation industrielle,* II. La propriété industrielle, littéraire et artistique. Paris, 1914.

CENDRIER. — *Le Fonds de commerce,* librairie Dalloz, Paris, 1922.

COLIN ET CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français,* Paris, 1914.

DELALANDE. — *L'usufruit d'un Fonds de commerce.* Thèse, Niort, 1922.

FOURNET Paul. — *La Propriété commerciale.* Thèse, Lille, 1925.

GOMBEAUX. — *Notion juridique du Fonds de commerce.* Thèse, 1901.

HANUS André. — *Etude du Fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit.* Thèse, Nancy, 1920.

Julliot de la Morandière. — Rapport fait au nom de la Commission d'études législatives, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1923, n° 2.

Lefebvre René. — *Locataires-commerçants et Propriétaires.* Thèse, Paris, 1916.

Lyon-Caen et Renault. — *Traité de Droit commercial.*

Pichot Olivier. — *De la répression de la Concurrence déloyale en matière commerciale.* Thèse, Paris, 1923.

Planiol. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 9e édition, 1923.

Pouillet. — *Traité des marques de fabrique et de la Concurrence déloyale en tous genres*, 5e édition, Paris, 1906.

Rigaud L. — Le conflit de deux propriétés, *Annales de droit commercial*, avril-juin, 1921.

Ripert et Teissiere. — Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904.

Saleilles. — *Etude sur la Théorie générale de l'obligation d'après le nouveau Code civil allemand.*

Thaller. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 6e édition, Paris, 1922.

Torrant G. — *La défense de la Propriété commerciale.* Thèse Grenoble, 1919.

Valéry. — Maison de commerce et fonds de commerce, *Annales de droit commercial*, 1902.

III. — Périodiques

A. — *Revues juridiques.*

Annales de droit commercial.

Bulletin de la Société d'études législatives.

Revue trimestrielle de droit civil.

B. — *Publications syndicales.*

Bulletin officiel de la Confédération des groupes commerciaux et industriels de France, 16, place de la Madeleine, Paris.

« La Chambre des propriétaires ». Bulletin de la Chambre syndicale des Propriétés immobilières de la ville de Paris.

Rapports des chambres de commerce.

Journaux et revues économiques, brochures diverses, etc

IV. — Documents parlementaires

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS 1

PREMIÈRE PARTIE

Eléments constitutifs de la notion et du problème de la « propriété commerciale »

CHAPITRE PREMIER. — **Notion juridique du fonds de commerce et de la clientèle** 7

Section I. — La notion de fonds de commerce ; son unité et sa diversité 7

Section II. — La notion de clientèle ; rôle de la clientèle à l'égard des éléments du fonds de commerce 14

Section III. — Nature du droit du commerçant sur son fonds 28

Section IV. — Nature du droit du commerçant sur la clientèle de son fonds 30

I. — La clientèle ne fait pas l'objet d'un droit de propriété 30

II. — Droits du commerçant sur les éléments de son fonds, envisagés comme « signes de ralliement » de la clientèle 38

CHAPITRE II. — **Etat du droit relativement à la protection des éléments du fonds de commerce envisagés comme signes de ralliement de la clientèle** 43

Section I. — Personnalité du commerçant 46

Section II. — Marchandises 47
Section III. — Nom commercial 49
Section IV. — Enseigne 51
Section V. — Marques de fabrique et de commerce.. 52
Section VI. — Brevets d'invention 53
Section VII. — Dessins et modèles industriels ; secrets de fabrique ; médailles et récompenses. 54

CHAPITRE III. — **Caractère incomplet de la protection des signes de ralliement de la clientèle ; fragilité des droits du locataire-commerçant sur le domicile commercial, envisagé comme signe de ralliement de la clientèle**..... 57
Section I. — Situation juridique et économique du locataire-commerçant pendant la durée du bail,. 61
I. — Le locataire-commerçant et la concurrence faite dans l'immeuble (article 1719) 64
II. — Le locataire-commerçant et le droit de céder le bail ou de sous-louer (article 1717) 67
Section II. — Situation juridique et économique du locataire-commerçant à l'expiration du bail ; double gravité des conséquences du non-renouvellement du bail commercial 74
I. — Gravité du non-renouvellement en raison de la plus-value économique incorporée par le locataire-commerçant au siège du fonds de commerce 77
A) Insuffisance de la protection de la plus-value commerciale laissée dans l'immeuble à l'expiration du bail 77
B) Abus commis, en fait, par certains propriétaires et par certains tiers commerçants..... 79
II. — Aggravation des conséquences du non-renouvellement, depuis la guerre, en raison de la pénurie des locaux à usage commercial..... 89

CHAPITRE IV. — **Evolution des revendications des locataires-commerçants et position du problème de la « propriété commerciale ». Attitude des propriétaires à l'égard des revendications commerciales**..... 95
Section I. — Evolution des revendications des locataires-commerçants ; double aspect du problème de la propriété commerciale 95
I. — Objet primitif et fondamental des revendica-

tions commerciales : protection de la clientèle en fin de bail 97
II. — Orientation nouvelle des revendications commerciales depuis la crise du logement : réclamation du maintien en possession des lieux loués 104
Section II. — Attitude des propriétaires à l'égard des revendications commerciales 108
I. — Attitude des propriétaires jusqu'à ces dernières années 110
II. — Orientation nouvelle de l'attitude des propriétaires ; « Semaine de la Propriété commerciale » 115

DEUXIÈME PARTIE

Etude critique des principales théories proposées comme fondement de la solution du problème de la propriété commerciale

CHAPITRE PREMIER. — **Historique des solutions proposées** . 121
Section I. — Réformes proposées avant la guerre 122
I. — Premier groupe de propositions 123
II. — Deuxième groupe de propositions 125
Section II. — Réformes proposées depuis la guerre .. 126
I. — Proposition de M. Failliot 127
II. — Proposition de loi votée par la Chambre des députés le 13 mars 1919 128
III. — Proposition de loi votée par le Sénat le 21 décembre 1920 130
IV. — Proposition de loi votée par la Chambre des députés le 8 juin 1923 131
V. — Proposition de loi votée par le Sénat le 2 avril 1924 137
VI. — Proposition de loi votée par la Chambre des députés le 4 juin 1925 139
APPENDICE. — La propriété commerciale à l'étranger. 142

CHAPITRE II. — **Discussion des principales théories juridiques invoquées en faveur de la propriété commerciale. — Système du droit au renouvellement du bail** 147
Section I. — Système du droit strict au renouvellement 153

I. — Le droit strict au renouvellement et le droit de propriété 156
II. — Le droit strict au renouvellement et le respect des conventions..... 162
III. — Le droit strict au renouvellement et le caractère temporaire du contrat de louage d'immeuble 165
Section II. — Système du droit au renouvellement convertible en un droit à indemnité 168

CHAPITRE III. — **Système indemnitaire basé sur la théorie de l'enrichissement sans cause**..... 173
Section I. — Droit à indemnité fondé sur un enrichissement sans cause du bailleur 178
I. — L'enrichissement du bailleur 178
II. — L'appauvrissement du locataire sortant..... 180
III. — Le lien de causalité entre l'appauvrissement du preneur et l'enrichissement du bailleur..... 190
IV. — L'absence de juste cause 191
Section II. — Droit à indemnité fondé sur un enrichissement sans cause du nouvel occupant 196
Section III. — Les intérêts de la propriété commerciale justifient-ils une extension de la jurisprudence de l'enrichissement sans cause?..... 200

CHAPITRE IV. — **Système indemnitaire fondé sur la théorie de l'abus de droit**..... 211
Section I. — Le principe de l'abus de droit et ses applications dans les projets relatifs à la propriété commerciale 211
Section II. — Critique de l'application de l'abus de droit dans les propositions votées à la Chambre des députés..... 216
I. — Inutilité, dans les trois systèmes votés à la Chambre, d'un appel à l'idée d'abus de droit... 216
II. — Difficulté théorique et pratique de fonder la responsabilité du bailleur sur un abus de droit 218

CHAPITRE V. — **Système indemnitaire fondé sur la théorie de la concurrence déloyale** 229
Section I. — L'action en concurrence déloyale intentée contre le nouveau locataire 233
I. — Confusion entre deux fonds de commerce..... 235

II. — Faute commise par l'auteur de la confusion.. 240
Section II. — L'action en complicité de concurrence déloyale intentée contre le propriétaire..... 243
Section III. — Points sur lesquels le législateur pourrait règlementer la concurrence déloyale en matière de propriété commerciale..... 246

Conclusion..... 251

Annexe..... 269

Bibliographie..... 279

DIJON, IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER